



A. U. L. LIBRARY

AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT



شرح
مجلة الأحكام العدلية

من

للحامي

محمد - عبد الحماني

استاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

٣

مطبعة

كتاب الشركات والوكالة والصلح والابراء والاقرار
والدعوى والبيانات والقضاء

58405

مطبعة الزيتوني بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية

الكتاب العاشر

❖ في انواع الشركات ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب ❖

المقدمة

(في بيان بعض اصطلاحات فقهية)

لا ريب ان شركات الاباحة عرفت منذ عرف الانسان لانه محتاج للاستحواذ على ما يلائمه وهو شريك لغيره في ذلك وبعد اعصر حدثت شركة الملك بين الناس وصار الانسان يميله للأدخار يميل للخلفية فيترك الى اولاده وذويه ما كان يملكه حال حياته وبعد ذلك عرفت اسباب الملك وعرفت شركات العقد من طريق البيع والشراء وتكونت التجارة بالطرق البسيطة الى ان وصلت الى ما هي عليه الآن

مشروعية الشركة ثابتة بالكتاب فقد قال الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وبالسنة عنه عليه الصلاة والسلام (كنت ايام الجاهلية شريكاً لسائب) وقال ايضاً (قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت)

مادة ١٠٤٥ [الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به]

مثلاً اذا اشترك اثنان بحصان يكونان قد اختصا وامتازا به [لكن تستعمل ايضاً عرفاً واصطلاحاً بمعنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص] وان لم يكن هنالك اختلاط مالٍ فأذا وضع اثنان مائة ليرة مناصفةً وعقدا بينهما شركة يكونان شريكين وان لم

يخلط المال ببعضه [فتنقسم الشركة المطلقة بناء على هذا الى قسمين الاول شركة الملك وتحصل بسبب التملك كالأتهاب والاشتراء] والاستيلاء على المال المباح وقبول الصدقة وقبضها والارث والوصية واختلاط المال بناء عليه اذا اشترى اثنان مالا او ورثا احداً فيكون المال مشتركاً بينهما

واعلم بان تعريف الشركة الوارد في هذه المادة ليس بجامع لافرادها لان خلط المال بدون عقد شركة داخل تحت احكام هذه الشركة وخارج عن تعريفها. اما ركن الشركة فهو خلط المال بحيث يصير تفرقه متعسراً او متعذراً وشرطها ان يكون المعقود عليه قابلاً للشركة فلا يصح تشريك المتولي احداً بمنافع الوقف الموقوف على جهة «مادة ١٠٦٧» وحكمها ان يكون المال المخلوط او المختلط مشتركاً وان يكون كل من الشرىكين اجنبياً بالتصرف المضر بحصة شريكه. [الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابها المخصوص] وحكم هذه الشركة هو تقسيم الارباح المتصلة من رأس المال المشترك بين الشركاء. (مجر)

[وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك والاحراز للاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء] والهواء والكلاء النبات في الجبال والاحراج الجبلية الغير المملوكة.

وقد اغفلت المجلة قسماً من الشركة وهو ما يكون في الحقوق الجردة التي ليست ملكاً. مادة ١٠٤٦ [القسمة عبارة عن التقسيم تعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص].

مادة ١٠٤٧ [الحائط عبارة عن الجدار والطلبة والجيت وهو ما يعمل من الاغصان جمعه حيطان]

مادة ١٠٤٨ [المارة عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام]

مادة ١٠٤٩ [القناة بفتح القاف مجرى الماء تحت الارض قسطلاً او سياقاً
تجمع على قنوات]

مادة ١٠٥٠ [المسناة بيم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشددة الحد والسد
الذي بنى في وجه الماء وحافات فوهات الماء جمعها مسنيات]

مادة ١٠٥١ [الاحياء عبارة عن التعمير وجعل الارض صالحة للزراعة]
برفع الاحجار والشوك والادغال منها .

مادة ١٠٥٢ [التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف الارض] الموات
[من واحد لاجل ان لا يضع آخر يده عليها] .

مادة ١٠٥٣ [الانفاق عبارة عن صرف المال وخرجه]

مادة ١٠٥٤ [النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيش]

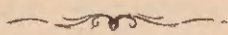
مادة ١٠٥٥ [التقبل تعهد العمل والتزامه]

مادة ١٠٥٦ [المفاوضات عاقدا شركة المفاوضات] ويجوز ان يكونا اكثر من
اثنين الا ان المحلة عرفت القليل الادنى .

مادة ١٠٥٧ [رأس المال عبارة عن السرمائة]

مادة ١٠٥٨ [الربح هو عبارة عن الكسب]

مادة ١٠٥٩ [الابضاع اعطاء شخص آخر رأس مال على كون الربح تماماً عائداً
اليه فأس المال هو البضاعة والمعطى المبضع والآخذ المستبضع]



﴿ الباب الاول ﴾

(في بيان شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول)

« الفصل الاول »

(في تعريف شركة الملك وتقسيمها)

مادة ١٠٦٠ [شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكثر اى مخصوصاً بينهما بسبب من اسباب الملك كاشتراء وانهاب وقبول وصية وتوارث او بخلط اموالهم او اختلاطها] من الشركاء او من غيرهم باذنهم [بصورة لا تقبل التمييز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبها واحد او يوصي لهما ويقبلا او يرثاه فيصير ذلك مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال كذلك اذا خاط اثنان ذخيرتها ببعضها او انخرقت عدولهما بوجه ما فاختلطت ذخيرة الاثنين ببعضها فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة بين الاثنين مالا مشتركاً] والفائدة من حصول هذه الشركة بالخلط والاختلاط تظهر بتلف قسم من المال المشترك فأنه يتلف بحق الشركاء والباقي يقسم بينهم .

وقد عرف واضع القانون شركة الملك في المادة ١٠٤٥ وفي هذه المادة وانما اعيد التعريف توطئة لبيان معظم اسباب هذه الشركة التي عرفت من طريق الاستقرار والتعامل كالاشتراء والانهاب والبعض منها عرف من طريق التعاليم الآلهية كقبول الوصية وجهات الميراث ويكون الاشتراك بالاقرار وببدل المنفعة وباجرة عمل قام به اكثر من واحد مشتركاً .

مادة ١٠٦١ [فلو كان لرجل دينار ولاخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما وبقي واحد يكون الباقي بينهما

مشاركاً مثلاً ثلاثة اصحاب الدينارين وثلاثة اصحاب الدينار] اما لو خلط صاحب الدينار ديناره مع دنانير الآخر بدون اذن يكون غاصباً وضامناً لما تلف ما لم يكن ديناره منقوباً او ذو تاريخ معلوم .

مادة ١٠٦٢ [شركة الملك تنقسم الى قسمين اختياري وجبري]

اما شركة العقد فلا تكون الاختيارية لان نوعي الاكراه معتبران في التصرفات القولية .

مادة ١٠٦٣ [الشركة الاختيارية الاشتراك الحاصل بفعل المشتركين]

وكذا فعل اللسان لانه من الجوارح كقبول الوصية والاشتراء [كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والانتهاك وقبول الوصية وبخلاف اموال المحررة قبل]

مادة ١٠٦٤ [الشركة الجبرية الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين]

كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالين [لان الارث تملك اجاري .

مادة ١٠٦٥ [اشتراك الودعاء المتعديدين في حفظ الوديعة من قبيل الشركة]

الاختيارية اما اذا هبت الريح والقت جبة احد في دار مشتركة فشركة اصحاب

الدار في حفظ هذه الجبة تصير من قبيل الشركة الجبرية [لان الحفظ الواجب

عليهم لم يكن ناشئاً عن فعلهم ولهذا يمكننا ان نقول بان كلا من الشركة الجبرية والاختيارية

قسمان شركة ملك وشركة حفظ .

مادة ١٠٦٦ [شركة الملك تنقسم ايضاً الى قسمين شركة عين وشركة]

واذا قيل بأن الملك هو الاعيان والمنافع « مادة ١٢٥ » والدين وصف شرعي فهو لا ملك

ولا منفعة لذلك فنقسم الملك الى عين ودين هو تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره فنقول ان

الدين وان كان ليس بمال في الحال انما هو مال في المال « مادة ٦٣١ » وعند القبض تكون

شركة الدين شركة عين .

اما الشركات الواردة في المجلة فهي (١) الشركة الاختيارية في العين (٢) الشركة

الاختيارية في الدين (٣) الشركة الجبرية في العين (٤) الشركة الجبرية في الدين (٥) الشركة الاختيارية في الحفظ (٦) الشركة الجبرية في الحفظ (٧) شركة اموال عقد المفاوضة (٨) شركة اعمال عقد المفاوضة (٩) شركة وجوه عقد المفاوضة (١٠) شركة اموال عقد العنان (١١) شركة اعمال عقد العنان (١٢) شركة وجوه عقد العنان .

مادة ١٠٦٧ [شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاةٍ او في قطيع غنم] فيما هو قابل للاشتراك لذلك لا شركة في المباحات والنكاح والوقف .

مادة ١٠٦٨ [شركة الدين الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا قرشاً في ذمة انسان] كبيع اثنين فرسهما المشتركة بينهما مناصفة لا آخر بمبلغ . وكذا شركة ورثة الدائن المتوفي به في ذمة مديونه . والفائدة من الشركة هو ان يكون من لم يقبض ذا حق فيما يقبضه الآخر من الدين فيأخذ حصته منه .



* الفصل الثاني *

(في بيان كيفية التصرف في الاعيان المشتركة)

الاعيان المشتركة : الابنية والاراضي والحيوانات واللباس والكيلى والوزنى والعدي المتقارب .

مادة ١٠٦٩ [كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك]

لان اختصاصهم به كاختصاص الشخص المنفرد بملكه فاتفقوا على التصرف به كتصرف الشخص بملك نفسه لان الامر ين اذا اتفقا في الوضع اتفقا في الحكم .

مثلاً اذا باع اثنان او اجرا ملكهما المشترك من آخر صرح البيع ويكونان شريكين في الثمن والبدل وكذلك للمالكين رهن ملكهم المشترك بمقابل دينهم وايداع ما يملكونه واعارته وهبته واقراضه ولهم السكنى معاً في الدار المشتركة وزراعة الاراضي المشتركة اذا اتفقوا في عملهم وليس لاحد منهم الانفراد في بعض العقود كالبيع والهبة والايجار والاعارة والايداع والهدم والانشاء وله الانفراد في البعض الآخر كاجبار شريكه على البيع والايجار كما سيفصل ذلك .

مادة ١٠٧٠ [يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها جميعاً] اذا اتفقوا على ذلك وكانت الدار تحمل سكنهم ولهم الدخول والخروج واستعمال توابع السكنى [لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً في تلك الدار فللاخر منعه] لان ادخال الاجنبي هو تصرف في ملك الغير بدون اذنه (خير به) حتى اذا اذن بعضهم فللاخرين المنع . مثلاً اذا سكن الدار المشتركة شقيقان وشقيقتان واسكن الشقيقان زوجاتهما فليس للشقيقتين ادخال رجالهما للدار بدون اذن شقيقيهما .

مادة ١٠٧١ [يجوز لاحد اصحاب الحصص التصرف مستقلاً في الملك المشترك بأذن الآخر]

فاذا كان الاذن صريحاً تصرف الشريك في الملك المشترك تصرفاً نافعاً او مضرراً كالباع والايجار والاعارة والهبة والتسليم والرهن واذا كان الاذن دلالة فيجوز للشريك التصرف في الملك المشترك بالسكنى وتوابع السكنى اذا كان المال المشترك عقاراً وبالركوب والتحميل اذا كان المال المشترك حيواناً وبلاستخدام اذا كان اجيراً وبالزراعة اذا كان ارضاً [لكن لايجوز له ان يتصرف تصرفاً مضرراً بالشريك] واذا تصرف الشريك بغياب شريكه تصرفاً مضرراً فليس للحاكم منعه لان سبق الدعوى شرط للحكم « مادة ١٨٢٩ » (انقروي) والحاكم لا يملك حق الدعوى والحكم .

مادة ١٠٧٢ [ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتي او بعني حصتك] وليس له مراجعة الحاكم باقامة الدعوى على شريكه بذلك [غير ان المحل المشترك بينهما ان كان قابل القسمة والشريك ليس بغائب] لان القاضي لا قضاء له على الغائب [يقسم وان كان غير قابل للقسمة فلها التهاؤ كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني]
ن هذه المادة امرت بالقسمة اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة والامرت بالتهاؤ . وحكمها فيما يتعلق بالعقار منسوخ لانت قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة المؤرخ في ١٤ محرم سنة ١٣٣٢ امر بأجراء القسمة اذا كان العقار قابلاً للقسمة والا فبيعه اذا كان غير قابل للقسمة ومنع المباشرة مطلقاً

والوجه في قبول هذه المادة هو ما قد عرف عن البيع لان الصحيح منه ما يكون بالتراضي بين العاقلين اما بيع مال الماطل والمفلس المديون جبراً فقد شرع لايفاء ما عليهما من سابق الحقوق وهو كالقسمة الجبرية بين الشركاء .

مادة ١٠٧٣ [الاموال المشتركة في شركة الملك تقسم حاصلاتها بين اصحابها على قدر حصصهم]

لان الحاصلات نماء الملك فيثبت للشركاء على نسبة حصصهم في المال المشترك .

[فاذا شرط احد الشريكين في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن

ذلك الحيوان او نناجه فلا يصح [وكذا تقسيم حاصلات الارض واثار الكروم المشتركة وثمن المبيع وبديل الايجار المشترك] .

لان الشرط مناقض لقواعد التشريع في حقوق الملك فيكون لغواً وباطلاً الا اذا تبرع احد الشركاء للآخر بحصته من الثمن فهو جائز .

مادة ١٠٧٤ [الاولاد في الملكية تتبع الام مثلاً اذا كان لواحد حصان فعلا على فرس لآخر فالقلاو الحاصل لصاحب الفرس وكذا اذا كان لواحد حمام ذكر ولاخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الانثى] . وليس للآخر شيء منها (هنديه) . وذلك لان الماء الذي يتكون من الحيوان غير منقوم عند خروجه من صلب الذكر وحينما يستقر في رحم الانثى ويتغذى وينمو وتحدث فيه الحياة ويبرز مستقلاً فيها عن امه يعرض له وصف النقوم المالي بالاستناد الى اصل الحياة الحيوانية ولذلك ثبت فيه الملك للمالك الام لانه نماء ملكه .

مادة ١٠٧٥ [كل واحد من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة الآخر] بالتصرف المضر والتصرف المتساوي ضرره وفائدته (طحطاوي)

[ليس واحداً وكيل عن الآخر بدون اذنه] كما هو الحال في شركة العقد ولذلك ليس للشريك ايجار المال المشترك واذا آجره وتلف فللشريك الآخر تضمين الشريك والمستأجر . وكذا ليس للشريك بيع المال المشترك وايجاره وهبته وقطعه واستهلاكه واخذه للسفر وهدمه . واذا باع الشريك جميع المال المشترك فالشريك الآخر باختيار ان شاء اجاز البيع وان شاء لم يجوز واذا باع الشريك حصته بصرف البيع لحصته فقط واذا كان البائع فضولياً وباع النصف من مال مشترك بين اثنين مناصفة فلكل من الشريكين اجازة البيع فاذا اجازاه يكون البيع مصروحاً لنصف حصة كل منهما واذا اجازه احدهما فتكون حصة الحيز فقط مبيعة وحصة غير الحيز باقية له .

[لكن كل واحد من اصحاب الدار المشتركة يعتبر صاحب ملك مخصوص]

على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخول والخروج مثلاً
احد الشريكين في البرزون اذا اعاره او آجره بدون اذن الآخر وتلف بيد المستعير
او المستأجر فلهذا الآخر ان يضمه حصته [او يضمها الى المستعير او المستأجر لان
المؤجر غاصب والمستأجر غاصب الغاصب . وكذا اذا اعاره او آجره وازال التعدي بعد ذلك
لا تعود يده المحقة ولا يخلص من الضمان مالم يسلم المملك المشترك الى شريكه (تكلمة ردالمحتار)
اما لو تعدى الشريك على المال المشترك عندما كان يحافظ عليه في نوبته ثم ازال التعدي وتلف
المال المشترك لا يضمن .

[كذلك اذا ركب احدهما البرزون المشترك] وتلف بينهما كان ذاهباً يضمن اما
اما لو تلف بعد زوال التعدي يسقط الضمان [وكذا اذا حمله بلا اذن يكون ضامناً حصه
الآخر] اذا كان الحمل فوق المعتاد لان تحميل الحيوان المشترك من احد الشريكين جائز
« مادة ١٠٨٠ » وكذا اذا استعمله مدة بركوبه فصار مهزولاً ونقصت قيمته يكون
ضامناً نقصان قيمة حصته اما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار بدون اذن
الآخر فهو ساكن في ملك نفسه فبهذه الجهة لا يلزمه اعطاء اجرة لاجل حصه
شريكه [ولو كان العقار معداً للاستغلال] ولا يلزمه ايضاً ضمان لو احترقت هذه
الدار بلا تعد - اما لو احرقها قصداً يضمها ويضمن العتارات المجاورة لها ويضمن ايضاً
الاشياء التي لم تتمكن اصحابها من رفعها منها عند الحريق .

مادة ١٠٧٦ ليس لاحد الشركاء ان يزرع الارض المشتركة ولو بغياب شريكه
[واذا زرع احد الشركاء في الارض المشتركة] ونبت الزرع او ادرك او قرب من
الادراك [لا صلاحية للآخر في طلب حصته من الحاصلات على عادة البلدة مثل
ثلث او ربع] وليس له ايضاً طلب الاجرة ولو كانت الارض معدة للاستغلال وعادة البلدة

اعطاء صاحب الارض اجراً او حصة من المحصول لان الانسان لا يكلف بدفع اجرة على الانتفاع في ملكه ما لم يكن الشريك وقفاً او يتيماً او بيت مال فإنه يعطى له الاكثر من اجر المثل وتقضان الارض [لكن اذا نقصت الارض بذراعتيه فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته] واذا زال النقص زال النضمين واذا نبت الزرع ولم يدرك تقسم الارض بينها ويبقى زرع الزارع في حصته ويقطع من حصة الشريك و يدفع له نقص الارض (رد المحتار) . وكذا الحال في البناء (فيضيه) واذا لم ينبت الزرع فللشريك اما ان ينتظر لحين نباته ويعامل شريكه كما مروا ما ان يدفع قيمة البذر ويستلم حصته مزروعة اذا كان الشريك حاضراً واذا كان غائباً يعمل بصراحة المادة ١٠٨٥ .

مادة ١٠٧٧ [احد الشريكين اذا آجر لآخر المال المشترك وقبض الاجرة يعطى الآخر حصته منها]

هذه المسئلة من المسائل المنفق عليها في المذهب وهي مفروضة فيما لو كان الشريك الآخر حاضراً بدليل ما سياتي في المادة ١٠٨٤ واما اعطاء الآخر اجرته مأخوذة عن محمد بن الحسن لأن الاجرة بعد قبضها تكون عيناً بيد القابض وصار القابض لها واضعاً يده على مال الغير فيجب عليه رده وقد تقوم المنافع بدون مباشرة ملاكها عقود التقويم بعد استيفاء تلك المنافع فعلاً . وتكون يد الشريك على حصة شريكه من الاجرة يد امانة لا يد ضمان على ما ارى لاني لم اجد نصاً يوجب اعتبار الشريك غاصباً لحصة شريكه من الاجرة والامانة اقل من الضمان . ويدفع الشريك اجرة حصة شريكه الحاضر بحكم هذه المادة سواء اجاز الاجارة بعد انقضاء مدتها او بأولها او بأقضاء قسم منها خلافاً لما ارتأه بعض الفقهاء حيث قالوا بعدم شراكة الشريك في الاجرة . وكذا اذا لم يقبض الشريك المؤجر الاجرة لا يكلف بدفعها من ماله وذلك خلافاً للايجار من الفضولي لان الشريك اذا لم يحجز الاجارة وانقضت المدة فليس له مطالبة الفضولي بما قبضه .

مادة ١٠٧٨ [يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته في الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه]

وإذا كان الغائب غير راض صراحة او دلالة فليس للشريك التصرف والانتفاع .
 مادة ١٠٧٩ [انتفاع الحاضر في الملك المشترك بوجه لا يضر الغائب
 يعد رضى من الغائب] كتحميل الحيوان واستخدام الاجير المشترك والحرق والنطس في
 الارض المشتركة وزراعتها وسكنى النار المشتركة وليس له الانتفاع في ما يضر الغائب كلبس
 اللباس وركوب الحيوان المشترك وسكنى الدار المشتركة بعياله الكثيرة وزراعة الارض
 زراعة مضرة .

مادة ١٠٨٠ [لا يوجد من الغائب رضاً دلالة على الانتفاع بالملك المشترك
 المختلف بأستعمال المستعمل فلا يجوز لبس الالبسة المشتركة في غياب احد
 الشريكين وكذا لا يجوز ركوب البرذون المشترك في غيبة احد الشريكين اما في الاشياء
 التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته كما لو
 غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فلا يحضر استخدامهما في نوبته]

لان المختلف بأختلاف الاستعمال لا تمكن المهاباة فيه زماناً ولا مكاناً لان الحصة من الزمن
 والحصة من المال المشترك لا يكشفان لضبط المنفعة المستوفاة من هذا النوع من المال المشترك
 واستعمال هذا المال منقص لقيمته في اغلب افراده اما مالا يختلف بأختلاف الاستعمال فالحصة
 من الزمن والحصة من المال تكفي لضبط المنفعة المستوفاة في جميع افراده وعلى كل الاحوال
 اذا استعمل الشريك المال المشترك في غياب شريكه مدة طويلة وتلف يضمن قيمته .

مادة ١٠٨١ [السكنى في الدار لا تختلف بأختلاف المستعمل بناءً عليه
 اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفةً فسكن الآخر ستة اشهر وترك
 ستة اشهر فانه يجوز له الانتفاع على هذا الوجه لكن اذا كانت عائلته كثيرة تصير من
 قبيل المختلف بأختلاف المستعمل وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة] .

ثم ان الشريك الحاضر له سكنى الدار في نوبته وليس له ايجارها من آخر واذا استعمل

الشريك الحاضر النار ستة اشهر وتركها ستة اشهر ثم حضر الغائب فليس له طلب استعمال النار مدة عادل المدة التي استعملها بها شريكه لانه كان تركها له خالية بما يعادل مدة استعماله .

وكذا يجوز للشريك الحاضر استعمال النار حال غياب شريكه لان ترك الدار خالية يوجب خرابها وعندها يجوز للشريك الغائب متى حضر ان يسكن الدار مدة تعادل المدة التي سكنها بها شريكه وقد اجازت المادة « ١٠٧٩ » استعمال الشريك الملك المشترك حال غياب شريكه بدون تعيين مدة فكان الاولى بجمعية المجلة ان لا تقيد الشريك بهذه المادة يمكننا ان نقول ان المجلة استعملت الاحتباك في عبارتها هذه قياساً لقوله تعالى (هو الذي جعل لكم الليل مظلاً لتسكنوا فيه والنهار مبصراً) اي (النهار مبصراً لتبتغوا من فضله) .

مادة ١٠٨٢ [لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ومقسومة لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فلحاكم بوجوب هذه الحصص افرزة ويحفظ اجرتها للغائب]

لان افراز الحصص تدفع الحاجة التي مست لاستعمال مال الغير وخوف الخراب يجعل حصة الغائب معروضة للتلف ومن وظائف الحاكم بحفاظة هذه الاموال بالقدر الممكن .

مادة ١٠٨٣ [المهايئة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلاً ولم يدفع اجرة حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما ان تدفع لي اجرة حصتي عن المدة واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت وانما له بالقسمة اذا كانت الدار قابلة للقسمة ان ارادو تعتبر المهايئة من بعد ذلك ان ارا لكن اذا اغاب احد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كامر بيانه ثم حضر الغائب فيسوغ له ان يسكن فيها بقدر تلك المدة]

ان ماورد في هذه المادة فيما يتعلق بالمهايئة بغير المنقول ماغي بقانون تقسيم الاموال غير

المنقولة وقد ورد في هذه المادة ان الشريك الغائب ليس له ان يطلب من الشريك الساكن اجرة واذا ظن الشريك الساكن ان عليه الاجرة ودفعها فله استردادها واذا كان الشريك غائبا وسكن الحاضر الدار المشتركة فللشريك الغائب السكنى بها مدة تعادل المدة التي سكنها الشريك الحاضر (رد المختار)

مادة ١٠٨٤ [احد الشريكين الحاضر اذا آجر الدار المشتركة فأخذ من اجرتها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه]
واذا امتنع يجبر على دفعها . لان الشريك وان كان اجنبيا بحصة شريكه بغير ما تدعوا اليه حاجة الشريك الحاضر وليس من احتياج للشريك الحاضر بأيجار حصة الغائب مع حصته فكان من مقتضى القواعد عدم نفاذه تصرفه على الغائب وعدم استحقاق الغائب شيئا من الاجرة لعدم دخوله في العقد ومعلوم ان انافع تقوم بالعقود الا ان العرف جعل الشريك مأذونا من قبل الغائب بمثل هذا العقد وعليه ملك الغائب ما اصاب حصته من الاجرة ووجب على الشريك الآخر تسليمها .

مادة ١٠٨٥ [يجوز لاحد الشريكين في الاراضي المشتركة ان يزرع] مقدار حصته في الارض المشتركة في كل سنة بشرط ان يكون زرع في نفس الارض لافي الباقي منها او ان يزرع [كامل الارض عند غيبة الشريك الآخر اذا علم ان الزراعة تنفعها ولا توجب نقصانها] والا اذا علم ان الزراعة تضرها او توجب نقصانها وزرعها فللشريك الآخر عند حضوره تضمينه الاكثر من اجر المثل او نقص الارض [وعند حضور الغائب] اذا كان شريكه حال غيابه زرع مقدار حصته يزرع هو المقدار الباقي واذا زرع كامل الارض [يزرع تلك الاراضي بقدر المدة التي زرعها الآخر واذا علم ان ترك زراعة الارض نافع لها وموؤد الى قوتها وزراعتها توجب نقصانها فيخيل لا يوجد اذن الغائب دلالة في زراعتها بناءً عليه فالشريك الحاضر يزرع من تلك

الاراضي مقدار حصته مثلاً اذا كانت مشتركةً مناصفةً يزرع نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة كذلك يزرع هذا النصف والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الطرف وفي السنة الثانية الطرف الآخر فلو زرع كامل الاراضي يكون للغائب عند حضوره ان يضمه نقصان حصته من الارض وهذه التفصيلات السابقة في تقدير عدم مراجعة الحاضر الحاكم في ذلك اما عند مراجعة الحاضر الحاكم فعلى كل حال لاجل عدم ضياع العشر او الخراج يأذن له الحاكم بزراعة كامل الارض وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره دعوى نقصان الارض [٠]

هذا اذا كان الشريك غائباً اما اذا كان حاضراً فانه يطلب القسمة فالقسم المزروع الذي يخرج لشريكه من الارض يكون له مزروعاً والزرع الذي يبقى في مقسمه يقلع ويضمن الشريك الزارع نقصان الارض لان الشريك غاصب لحصة شريكه « راجع شرح المادة ١٠٧٦ »

مادة ١٠٨٦ [اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك فيكون الآخر قائماً على ذلك البستان] بعزقه وكريه [وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته منها] واذا لم يقم الشريك الحاضر على الكرم وثلفت اشجاره فلا يضمن منها شيئاً [وله ايضاً بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها] له ولا يعذر بداعي اتلافه مال الغير (تعليقات بن عابدين على البحر) واذا صرف الشريك الحاضر على الكرم لعزقه وكريه لا يرجع على شريكه الا اذا كان مأذوناً منه [٠] وكذا اذا دفع الاموال الاميرية عن حصة شريكه الغائب فليس له الرجوع عليه لانه قضى دينه بدون اذنه وبدون مراجعة الحاكم وطلب الاذن منه (ردالمحتار والخانية) [٠]

[لكن يكون الغائب عند حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن

المحفوظ وان شاء لم يجز وضمنه حصته [ولو كان المبيع قائماً بيد المشتري ونظيرها تضمين اللقيط (حاشية البحر لابن عابدين) وله ايضاً تضمين القيمة للمشتري اذا تلف المال بيده لانه غاصب الغاصب واذا توفي الشريك فلورثته الخيار ولا حاجة لوجود شرائط الاجازة فيما يتعلق بحصة الشريك المحيز لان الشريك البائع مأذون ببيع حصة الغائب دلالة .

مادة ١٠٨٧ [حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر فاذا اودع احدهما المال المشترك بدون اذن فتلف يكون ضامناً حصة شريكه] لانه بتسليمه لغيره يكون قد تعدى اما لو كان المال المشترك غنائماً او دابة وسلمها الشريك لاجيره الخاص ورعاها وتلفت لا يضمن لان رعي الدواب وخدمتها امر لا بد منه ويد الشريك ويدامينه واجيره مساوية بذلك .

مادة ١٠٨٨ [احد الشريكين ان شاء باع حصته من شريكه وان شاء باعها] او اوصى بها او جعلها بدل المهر وبدل المقايضة وبدل الايجار وبدل الصلح [من اجنبي بدون اذن شريكه] وليس له ان يطلب من شريكه شرائها او يبيع حصته اذا كان الملك المشترك قابلاً للقسمة وله قسمتها وهبتها مفرزة واذا كان المال غير قابل للقسمة فيجوز هبة الحصة الشائعة منه . ولا فرق بين ان تكون الحصة المشتركة ملكاً عقارياً او منقولاً واذا كان عقاراً وبيع جازت الشفعة فيه للشريك . وله ايجار حصته ايضاً تكن الاجارة تكون فاسدة « راجع المادة ٤٢٩ » [لكن في صور خلط الاموال واختلاطها التي بينها في الفصل الاول لا يسوغ لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصة الآخر بدون اذن شريكه] لان الاموال المشتركة بصورة الخلط والاختلاط وان كانت مشتركة الا ان مال البائع فيها اجزاء مستقلة عن امثالها من مال الشريك وباختلاطها مع تلك الامثال يتعذر تسليمها بعينها فوجب اخذ موافقة الشريك فيها ليتم التسليم وايضاح ذلك هو ان الفرق بين الشركة بالارث والشراء والشركة بالخلط والاختلاط

ظاهر لان الشركة الواقعة في الارث والشراء تكون فيها كل حبة من المال المشترك مشتركة بين الشريكين وفي حال الخلط والاختلاط تكون شركتهما في حبتين لا في حبة واحدة . وتقيز حبة عن اخرى امر متعذر لذلك لا يجوز للشريك ان يبيع حبة بدعوى انها له .

وكذا لا يجوز لاحد الشريكين في البناء القائم في العرصه المملوكة بيع حصته من البناء دون الارض لاجنبى لانه اذا باع حصته من البناء بشرط قلعه يكون اضر بشريكه واذا باع حصه من البناء بشرط البقاء على الارض يكون شرط شرطاً مفيداً للمشتري وهذا يفسد البيع (رد المحتار) = وليس له ايضاً بيع بنائه الى شريكه بدون العرصه لانه اذا كلفه برفع البناء وتخليه العرصه يكون قد اضر به والضرر لا يجوز .

مادة ١٠٨٩ [بعض الورثة اذا بذر الحبوب المشتركة بأذن الباقين الكبار او وصي الصغار في الارض الموروثة] او في الاراضي الجارية في ملكه او في اجارته او في عارثه [فتصير جملة الحاصلات موروثة بينهم ولو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكن يكون ضامناً لبقية الورثة نقصان الارض بزراعتهم راجع المادة ٩٠٧]

مادة ١٠٩٠ : اذا تصرف احد في مال آخر وربح يكون الربح له فالمسائل المنفرعة عن ذلك هي اولاً : [اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من الدراهم من التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين] وبدون اذن اوصياء الصغار منهم او اخذ مال الشركة كله [وعمل فيه وخسر فتكون الخسارة عائدة اليه كما لو ربح فلا يسوغ لبقية الورثة طلب حصه منه] اما لو اشتغلوا كلهم في مال الشركة وربحوا او خسروا فالربح والخسارة لهم وعليهم وكذا لو عمل احدهم بأذن الباقين فيقسم الربح والخسارة بينهم حسب اتفاقهم وشرطهم . ثانياً : اذا آجر احد مال آخر فضولاً ولم يعجز المالك الاجارة ومضت المدة بقي الاجرة للمؤجر .

ثالثًا : اذا تصرف وصي القاصر بمال الشركة بدون اذن الباقيين فلا يشاركه باقي الورثة بالربح والخسارة .

رابعًا : اذا اخذ الشريك المال المشترك وسافر به رغم نهي شريكه عن السفر يكون غاصبًا والربح له . وكذا اذا سافر المضارب بمال الشركة خلافًا لنهي رب المال وربح فلا يشاركه رب المال في ربحه ويكون غاصبًا لرأس المال .

خامسًا : اذا تاجر الغاصب في النقود المغصوبة ورجح فالربح له . وكذا اذا تاجر الوديع بالنقود المودوعة بدون اذن المودع يكون غاصبًا والربح له .

❖ الفصل الثالث ❖

(في بيان الديون المشتركة . والديون الغير مشتركة)

الديون المشتركة هي : (١) الديون الموروثة (٢) الديون المترتبة بذمة المدين بسبب اتلاف المال المشترك (٣) الديون المترتبة بسبب اقراض المال المشترك (٤) الديون الناشئة بسبب بيع المال المشترك صفقة واحدة (٥) الديون الناشئة بسبب بيع الاموال الغير المشتركة صفقة واحدة (٦) الديون الثابتة للكفيلين بالامر بذمة المدين بسبب دفعهما دين المدين من مالهما المشترك (٧) الديون الثابتة بذمة المدين لمأمورين دفعًا ما عليه بأمره من مالهما المشترك وجميع هذه الديون مبحوث عنها في المحلة ويوجد غيرها لم يبحث عنها في المتن وهي : (٨) الديون الموصى بها لاشخاص متعددة (٩) الديون المترتبة بذمة المدين بسبب ضمان الغرور اذا كانت بقضاء واحد (١٠) الديون المترتبة بسبب ايجار المال المشترك صفقة واحدة (١١) الديون المترتبة بسبب ايجار المال غير المشترك صفقة واحدة .

الديون غير المشتركة هي : (١) اقراض اثنان مالهما الى مدين واحد بصورة مستقلة كل منهما عن الآخر .

(٢) بيع اثنين كل منهما ماله لآخر بيان نوع المبيع والتمن ووصفه .

(٣) بيع احد الشريكين حصته من المال لآخر ثم بيع الشريك الآخر ماله من نفس المشتري .

(٤) بيع اثنان مالهما صفقة واحدة من آخر بيان ثمن حصة كل منهما ونوعها ومقدارها ووصفها .

(٥) بيع اثنان كل منهما ماله لواحد بصورة مستقلة .

(٦) اذا امر المديون اثنين بدفع دينه فدفع كل منهما جانباً منه .

(٧) الديون المترتبة بذمة المديون بسبب ضمان الغرور اذا كان القضاء فيها متفرقاً .

(٨) الديون الذي حكم بها للمغضوب منها على الغاصب وغاصب الغاصب باحكام متفرقة .

(٩) ديون المأمورين بالشراء الثابتة لهما بذمة مديونتهما آخرهما بسبب شرائهما مالا له بصفتان متفرقة .

مادة ١٠٩١ [اذا كان لاثنتين او اكثر في ذمة واحد دين ناشئ من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم واذا لم يكن سببه متحداً فليس مشترك كما يظهر ويتضح في المواد الآتية :]

والقصد من السبب الموحد للدين المشترك هو العلة القانونية التي يستند اليها ثبوته في ذمة المديون ككونه قيمةً لمتلف مشترك او ثمناً لمبيع مشترك فلو اتحد السبب الحسي واختلفت علة الثبوت في الذمة لا يكون ديناً مشتركاً كمن قبض مالا مشتركاً لشريكين وباعه احدهما حصته منه بيعاً فاسداً واتلفه فالسبب الحسي هو الاتلاف والحكم هو الضمان للشريكين غير ان علة الضمان لحصة الشريك البائع هي الملك والعلة لضمان نصيب غير البائع هو الاتلاف والفرق ظاهر .

مادة ١٠٩٢ [كما ان اعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم] فالاعيان الموصى بها مشتركة بين الموصى لهم على حسب حصصهم .

[او كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص آخر] او في ذمة احد الورثة [مشتركاً بينهم] او بينهم وبين الوارث المديون [على حسب حصصهم] وهذا هو السبب الجبري التشريعي

للمدينون المشتركة في ذمة المدينون فيثبت لافراد الشركاء في الدين من الحصص حسبما تقرر له في الارث .

مادة ١٠٩٣ [من اتلف مالاً مشتركاً لانس فمبلغ الضمان يكون مشتركاً بين اصحاب ذلك المال]

وكذا اذا باع احد ارضه من شخص وانشأ فيها ابنية ثم استحققت من مستحق واخذت منها فراجعا الحاكم وادعيا ضمان الاستحقاق على البائع فيكون المبلغ المحكوم به عليه بقيمة الابنية وثن الارض مشتركاً بينهما .

وكذا الحكم بحق المتلف اذا كان اكثر من واحد . وكذا الحكم باتلاف المثليات والقيميات والنقود .

مادة ١٠٩٤ [اذا اقترض شخصان مبلغاً] او مثلياً او قيمياً او ذريعاً [مشتركاً بينهما لاخر صار الدين الذي في ذمة هذا المستقرض مشتركاً بينهما]

وكذا اذا تصرف اثنان بوديعة عندهما لاخر واستهلكها فيضمنان قيمتها او مثلها مشتركاً اما لو اقترض احدهما جميع المال بدون اذن شريكه يكون ضامناً لحصة شريكه ويكون الدين محتصاً به [اما اذا اقترض اثنان لاخر دراھم على طريق الانفرد كل على حدة فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد دائن على حدة] (فيضيه)

لان كلاً من الاقراض والاتلاف سبب لوجوب الدين المشترك في ذمة المدينون وفي صورة اقراض كل واحد من الدائنين ماله على حدة يكون اقراض كل واحد سبباً مستقلاً في ثبوت مثل الدين في ذمة المستقرض ووحدة محل الدين وهو الذمة لا توحد الدين لان الذمة الواحدة تحتل ديوناً كثيرة باسباب مختلفة .

مادة ١٠٩٥ [اذا بيع] او اجر [مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين

مشترك ولو ذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء او تعيين نوعها كأن يقال مثلاً حصة فلان كذا وحصة الآخر كذا دراهم او حصة احدهما كذا خالصة وحصة الآخر كذا مغشوشة مع تفريق الحصص وتمييزها صار كل واحد دائئاً على حدة [ولو اخذا بالدين سنداً واحداً] ولا يكون ثمن المبيع مشتركاً بين البائعين . كذلك لو باع احدهما حصة شائعة لرجل فباع الآخر حصة لهذا الرجل فكل واحد منهما دائئ ولا اشتراك في ثمن المبيع [فلو باع احد الشريكين بالفرس المشترك حصته من زيد بعقد ثم ثم باع الآخر حصته من زيد ايضاً بعقد آخر فلا يكونا مشتركين بالدين ولو اخذا به سنداً واحداً] .

ملاحظة : ورد في المادة ١٧٩ من المحلة بأن الايجاب اذا لم يتكرر لا تعدد الصفقة عند الامام الاعظم ولو كانت البائع متعدداً والثمن مفصلاً فالمحلة اخذت بمذهب الامام المشار اليه بتلك المادة واخذت بمذهب الامامين بهذه المادة .

مادة ١٠٩٦ [اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة لرجل مثلاً لواحد حصان ولاخر فرس فباعاهما معاً بكذا قرش فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً واحداً بين البائعين] ويقسم الثمن المسمى بينهما بنسبة ثمن مثل دابة كل منهما [وان سمي كل واحد منهما ثمناً معلوماً صار كل واحد منهما دائئاً على حدة ولا يكون ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً] لتعدد الصفقة [. كذلك لو باع اثنان مالهما لاخر كل على حدة فأثنان المبيع لا تكون ديناً مشتركاً بل كل منهما دائئ مستقل] وكذلك الحكم في الاجار .

مادة ١٠٩٧ [اذا ادى اثنان دين رجل بسبب كفالتها] له بأمره [فإن ادياها من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين مشترك] واذا ادى كل منهما حصته من الكفالة فلا اشتراك بينهما في الدين وكذا اذا اديا الدين بدون امر فليس لهما

مراجعة المديون بشئ انظر شرح المادة « ٦٥٧ » لان مجرد الاشتراك بكفالة الدين لا يكون سبباً لوجوبه على شريكى الكفالة مشتركاً لان سبب وجوب الدين هو الاداء لا الكفالة فأداء الكفيلين الدين من مال كل منهما الخاص لا ينتج ديناً مشتركاً .

مادة ١٠٩٨ [رجل امر اثنين بتأدية دينه كذا قرش فأدياه من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الأمر يكون ديناً مشتركاً وان كان ما ادياه من الدراهم ليس بمشترك ولكن دفعا ذلك معاً فمجرد هذا الدفع لا يكون مطلوبها منه ديناً مشتركاً]

مادة ١٠٩٩ اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الدائنين يستوفي دينه من المديون على حدة وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ليس للدائن الآخر ان يأخذ منه حصته [ولو كان المديون لا يملك الا ما دفعه لارت الدين يتعلق بالذمة لا بالمال . وكذا الدين المشترك فاذا كان سبب الاشتراك فيه غير الارث فكل واحد من الدائنين يطلب حصته وليس لاحدهم طلب حصة الآخر بدون وكالة منه عند الامام الاعظم . وكذا اذا راجع الدائنون المحكمة واستحصلوا على اعلانات بحق مديونهم ووضعوها في التنفيذ فللمديون دفع ما عليه الى احدهم وترك الباقي مالم يكن مجبوراً (فيضيه) .

مادة ١١٠٠ [وان كان الدين مشتركاً فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون]

وليس له طلب حصة غيره في غير الدين المشترك بسبب الارث عند الامام الاعظم وله طلب حصة شريكه بأي سبب كان عند الامامين كما سيوضح ذلك في شرح المادة ١٨٣٠ من المجلة [وفي غيبة احد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم وطلب حصته من المديون يأمر الحاكم ذلك المديون بأداء حصته] واذا حضر شريكه بالدين شاركه فيما قبضه بنسبة حصته ولا يكون الحاضر ذا حق بطلب حصة الغائب من المديون

وقبضها لان الشركة بالدين لا تمنع الشريك من طلب حصته ولا تؤثر على ثبوت حق مطالبة كل شريك بحصته من المديون . وكذلك اذا غاب احدهما فللحاضر ان يطلب حصته لان غياب احد الدائنين لا يسقط حق الدائن الحاضر من المطالبة واذا تمتع المديون من الدفع يراجع الحاضر الحاكم ويجبره على دفع حصته لولاية الحاكم واذا حضر الشريك الغائب بعد القبض فله مشاركة الحاضر فيما قبض لان قبض القابض لا يوجب القسمة على الغائب بدون رضاه كما سيفصل ذلك في المادة التالية .

مادة ١١٠١ [ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركا بينهما وللشريك الآخر اخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده]
سواء كان المقبوض من جنس الدين او من غير جنسه وسواء قبض رضا او قضا
فالشريك مخير اما ان يأخذ ما يعادل حصته من شريكه واما ان يجيز له قبضه ويطلب المديون بحصته لان الدين يثبت بالذمة ليس بمال — حتى ان الدائن اذا كان له غير الدين وحلف ان لا مال له لا يكون حائثا بيمينه — وهو عند قبضه يكون كالزيادة الحاصلة في المال المشترك وبما ان الزيادة مشتركة بين اصحاب المال فالدين المقبوض مشترك بينهم ايضا (هدايه) . واذا اختص القابض بما قبضه من الدين يكون الدين قسما قبل القبض وهذا لا يجوز « راجع المادة ١١٢٣ » .

وكذا اذا قبض احد الشركاء جانبا من الدين او كله وتلف بيده او اتلفه فللشريك الآخر تضمين شريكه حصته او مراجعة المديون .
وكذا اذا اشترى احد الشركاء متاعا بمقابل الدين المشترك فلشريكه الخيار ان شاء ضمن المشتري قيمة ما يصيب حصته من المتاع وان رجع على المديون . وكذا اذا تصالح احد الشركاء بالدين المشترك مع المديون على دين من خلاف الجنس فالشريك الآخر مخير ان شاء ترك بدل الصلح للشريك المصالح وطلب حصته من المديون وان شاء اتبع شريكه المصالح . واذا اتبع المصالح فللمصالح الخيار ان شاء اعطاه ما يصيب حصته من بدل الصلح وان شاء اعطاه ما يعادل حصته من الدين . واذا كان بدل الصلح من عين جنس الدين فالشريك بالخيار ان شاء قبض حصته من شريكه وان شاء رجع على المديون .

وكذا اذا اخذ الشريك كفيلاً او اخذ حوالة على حصته من الدين وقبضها او استأجر مالا من المديون تعادل اجرته حصته من الدين او اخذ من المديون رهناً تعادل قيمته حصته من الدين وتلف في يده او اتلف مالا للمديون يعادل حصته من الدين وتقاسم بذلك فالشريك مخير ان شاء ضمن شريكه حصته وان شاء طلبها من المديون .

اما لو قبض الشريك حصته من الدين وتلفت في يده قضاءً او وهب حصته من الدين للمديون او ابرأ ذمته منها او اجرى التقاص على دين عليه للمديون يعادل حصته من الدين قبل الاثبات فالشريك الآخر مطالبة المديون فقط .

مادة ١١٠٢ [اذا قبض احد الدائنين من الدين المشترك حصته واستهلكها فلشريكه ان يضمه حصته منها مثلاً مبلغ الف قرش دين مشترك بين اثنين مناصفة فقبض احدهما من المديون خمسمائة واستهلكها فللدائن الآخر ان يضمه مائتين وخمسين وخمسمائة تبقى بين الاثنين مشتركة] .

وكذا اذا قبض حصته وهبها وسلمها فليس لشريكه اخذها من الموهوب له وله تضمين الشريك الا اذا تلفت الحصة المقبوضة في يد الشريك قضاءً فلا يضمن .

مادة ١١٠٣ [احد الشريكين في الدين المشترك اذا اشترى بحصته متاعاً من المديون ولم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع] لان الشريك تملك المتاع بعقد البيع لا بالدين حتى لو ظهر اخيراً عدم صحة الدين لا يبطل البيع اما لو تصالح الشريك مع المديون على متاع بمقدار حصته وظهر بعد ذلك عدم صحة الدين يبطل الصلح ايضاً (كفاية) [لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع وان انفقاع على كون المتاع مشتركاً بينهما كان كذلك] لكنه يجب ان يكون المتاع موجوداً في يد المشتري عند هذا الاتفاق لان هذا الاتفاق بيع وليس للمشتري ان يبيع المنقول الذي لم يقبضه خلافاً للعقار . ثم ان كلمة الثمن الواردة في هذه المادة هي الثمن المسمى لا ثمن المثل لان البيع مبني على المقايضة والمخاصمة فلا يمكن للمشتري ان يأخذ المال الا بسعره خلافاً للصلح فان المصالح لا بد

وان يتساهل في عمله وعليه فالشريك ليس له ان يأخذ من شريكه الا ثمن حصة المبيع اما في الصلح فله ان يطالبه ببدل الصلح او ما يصيبه من قيمة المصالح عليه كما سيأتي ذلك في المادة الآتية وضرر هذا في حق الشريك القابض ظاهر (ابو السعود)

اما لو تزوج احد الدائنين المديونة بمقابل حصته من الدين فيكون ابرأها منها وليس لشريكه الرجوع عليه اما لو تزوجها على مبلغ معلوم ثم اجرى التقاص على المبلغ المذكور بنكاحها فلشريكه بالدين الرجوع عليه .

مادة ١١٠٤ [اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون على حقه منه على اثواب بزوقبضها فهو مخير] اي ان الشريك في بداية الامر مخير ان شاء اجاز الصلح ورجع على شريكه وان شاء لم يجزه ورجع على مديونه واذا رجع على شريكه فشريكه مخير [ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه] وحكم هذه المادة منحصر بالمديون لا بالاعيان لان الاعيان المشتركة اذا صالح احد الشركاء على حصته منها سواء كان المديون منكراً او مقراً فليس للشريك الآخر اخذ شيء من شريكه وان حكمها منحصر فيما اذا قبض الشريك حصته فقط اما لو قبض جميع الدين فيكون فضولياً بحق حصة شريكه . وكذا المتاع المصالح عليه يجب ان يكون من غير جنس الدين والا اذا كان من جنس الدين فالشريك الغير القابض مخير ولا خيار للقابض اما الصلح عن مال فلا يكون معاوضة بكل الوجوه الا ترى ان من صالح على مال ثم ظهر ان لا حق له بدينه سقط الصلح خلافاً للمعاوضات .

مادة ١١٠٥ [احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك او بعضه او اشترى بحصته منه مالاً او صالح المديون على مال بقدر حصته فالدائن الآخر مخير في جميع الصور ان شاء اجاز معامله شريكه ويأخذ حصته منه كما سبق آنفاً وان شاء لم يجز ويطلب حصته من المديون وان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض وعدم اجازته قبل لا يكون مانعاً من الرجوع .

مادة ١١٠٦ [احد الدائنين اذا قبض حصة من الدين المشترك من المدينون وتلفت في يده بدون تعد منه فلا يضمن حصة شريكه من هذا المقبوض لكن يكون قد استوفى حصة نفسه والدين الباقي عند المدينون يكون عائداً الى شريكه] لان تلف المقبوض في يد القابض بدون تعد هو اقتسام حسي مع الشريك وهذا فيما اذا كان القابض ليس بمأذون من شريكه بالقبض لانه اذا كان مأذوناً وقبض وتلف ما قبضه في يده بدون تعد يتلف المقبوض من مال الشركاء لا من مال القابض .
واذا قبض القابض حصته وحصة شريكه من الدين فللشريك طلب حصته من المدينون ومراجعة القابض وتضمينه ما قبضه زائداً على حصته .

مادة ١١٠٧ [اذا استأجر احد الشركاء المدينون] او اجيره او ابنه او دابته او عقاره [بمقابلة حصته من الدين المشترك] او استأجر ذلك مستقلاً ثم نقاصا من الدين على ما يعادل بدل الأشجار [فلما آخر ان يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الأجرة] .
لان الشريك قد وصل اليه جانب من حق شريكه ضمن عقد المعاوضة فيضمن له ما يقابل هذا الحق « راجع المادة ١١٠١ » .

مادة ١١٠٨ [احد الشريكين الدائنين اذا اخذ من المدينون رهناً في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما اصاب حصته . مثلاً مقدار الدين المشترك متاصفة الف فأخذ احد الدائنين رهناً لاجل حصته التي هي خمسمائة وهلك في يده فقد سقط نصف الدين فللدائن الآخر ان يضمنه المائتين وخمسين العائدة لخصته]

وكما يجوز ان تكون قيمة الرهن معادلة لحصة الشريك من الدين يجوز ان تكون اكثر او اقل منها واذا كانت قيمة الرهن تعادل مجموع الدين واخذه احد المدينين وتلف فلا تسقط الا حصته من الدين وشريكه بباقي الدين الخيار بالمطالبة من المدينون او المدينون

والشريك - لان الرهن في يد المرتهن وثيقة بالدين غير انه بالتلف في يد الدائن يكون الدائن قد استوفى من الدين مقدار ما تلف من الرهن وللشريك الآخر مشاركة الشريك القابض في قبضه رضاء او قضاء .

مادة ١١٠٩ [احد الدائنين اذا اخذ كفيلاً من المديون بحصته من الدين المشترك او حاله بها على آخر فللدائن الآخر ان يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل او المحال عليه] واذا صرف الشريك القابض هذا المبلغ واتلفه يضمن للشريك حصته اما لو تلف بيده قضاء لا يضمن لشريكه شيئاً .

مادة ١١١٠ [اذا وهب احد الدائنين المديون حصته من الدين المشترك او ابرأ ذمته منها فمبته او ابرأؤه صحيح ولا يكون ضامناً حصة شريكه من هذا الخصوص] .

واذا وهب احد الدائنين المديون جميع الدين المشترك ينظر فاذا كان هو العاقد في الاصل تعتبر هبته لانها تقوم مقام الخط والتزويل لانه هو الشريك العاقد بالنظر الى حصته بالملك والى حصة شريكه بالعقد واذا كان ليس بعاقد فليس له ان يهب اكثر من حصته عند الطرفين خلافاً لابي يوسف فانه يرى ان الشريك ليس له هبة جميع المال المشترك ولو كان عاقداً اما المجلة فقد اخذت بقول الطرفين في المادة ١١١٢ كما سيأتي تفصيلها . ولذا يقال بوجوب العمل لقولها في هذه المادة لانها من فرع واحد . وكذا اذا امر احد الشريكين شريكه ببيع مال مشترك بينهما فباعه فأقر الأمر بقبض جميع الثمن فلا يسري هذا الاقرار الا على حصته واذا اراد الشريك ان يختص فيما يقبضه من الدين المشترك فعليه ان يستوهب من المديون مبلغاً يعادل دينه ثم يهبه الدين .

مادة ١١١١ [اذا اتلف احد الدائنين في الدين المشترك مال المديون وثقاصا بحصته ضمناً فلشريكه اخذ حصته منه لكن اذا كان لاحد الدائنين عند

المديون دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحقه من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمه حصته]

وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وحجته ان المتلف على الغير يمكنه بالضمان المستند للقبض وقال ابو يوسف بعدم مطالبة الشريك المتلف وحجته انه لم يصل ليد في الحقيقة من مال المديون شيئا وانما سقطت في قيمة ما اتلفه قصاصاً بخصته من الدين وقد انفتحت كلمتهم على انه لو غصبه ثم اتلفه ضمن لشريكه ما يصيب حصته منه لوجود القبض الحسي كما قلنا .

اما اذا كان احد الدائنين مديوناً لمدينه قبل تعلق قيمة المال المشترك بذمته واجريا النقص فلا ضمن حصة شريكه .

مادة ١١١٢ [ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك

بلاأذن الآخر] واذا اجل لا يصح واذا اجل وقبض شريكه شيئاً من الدين يشاركه به والسبب في ذلك هو ان الشريك اجنبي في حصة شريكه فليس له تأجيل حصة شريكه وحصة نفسه لان تأجيل حصته هو بمثابة تقسيم الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز لان تقسيم الدين قبل القبض تمليك وتمليك الدين هو نقل الوصف من محل لاخر والوصف لا ينقل عند الطرفين رحهما الله فقد قال بتجوز الابراء المطلق وعدم تجوز الابراء المقيد لان الابراء المطلق يسقط حصة الشريك ولا يبقى لها اثر ولا يوجب تقسيم الدين قبل القبض خلافاً للابراء المقيد وقد خالفها ابو يوسف بذلك لكن هذا الرأي منحصر في انشاء التأجيل لا في اقراره فاذا اقر احد الشريكين بأن الدين المشترك مؤجل يسري اقراره عليه دون شريكه بالاجماع (نهاية) .

« لاحقة »

مادة ١١١٣ [اذا باع واحد مالاً لاثنتين فيطالب كل واحد بحصته على حدة ما لم يكن احد المشترين كفيلاً للآخر فلا يطالب بدينه]
وكذا اذا أجر المأجور لاثنتين بعقد واحد فله مطالبة كل منهما بحصته ولا يطالب احدهما بحصة الآخر ما لم يكن كفيلاً له . وكذا اذا اقرض اثنتين مبلغاً فله ان يطلب حصة كل منهما على حدة . وكذا اذا تلف اثنان مال آخر يطالب كل منهما بنصف قيمة المال المتلف ما لم يكونا متكافلين .
وكذا اذا قتل اثنان آخر فيطالبان بدينه كل منهما على حدة .
والسبب في ذلك هو ان تعدد النعم يوجب تعدد ما يدخل فيها من الدين ولو كان مستحق الدين شخصاً واحداً فلا يثبت في هذه الحالة حكم الدين المشترك ولو اتحد العقد اما متى وجدت الكفالة استحق الدائن مطالبة المدين اصاله وكفالة .
« الخاتمة »

القرض عقد يرد على دفع واعطاء المال المثلي لآخر بناءً يرد مثله وهو غير الوديعة والصدقة والهبة والعارية لان العارية والوديعة يجب فيها رد المال عيناً والهبة والصدقة تقيدان تمليك العين .
القرض ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض ويشمل النقد والمال المثلي كالخنطة وما اشبهها وينعقد بلفظ القرض وما اشبهه كالعارية فلو قال الدائن للمدين اعرتك خمسين ليرة يكون اقرضه اياها (هندية)
وفي الهندية للمقرض ان يقرض مشروطاً اعطاء الكفيل فاذا تعذر على المدين اعطاء الكفيل يحق للدائن فسخ القرض .
شروط القرض : يجب ان يكون المسنقرض عاقلاً مميزاً غير محجور ولا مغتوه لذلك اذا اقرض احد الصبي المحجور مالاً واتلفه فليس له تضمينه واذا وجده في يده فله استرداده (رد المختار) ولا يشترط تعيين مكان الاداء في القرض واذا لم يعين مكان الاداء يعتبر مكان القرض محلاً للاداء والتسليم . واذا تعين مكان الاداء يكون القرض صحيحاً وشروط تعيين المكان لغو (رد المختار)

وكذا اذا اقرضه سكة مغشوشة واشترط عليه الدفع سكة خالصة فالقرض صحيح والشرط لغو.
حكم القرض : هو بالقبض بالذات او بواسطة الوكيل او الرسول عند الطرفين لان المستقرض يملك المال المقرض له ويثبت مثله في ذمته لذلك اذا استقرض احد خمسين مداً من الخنطة فله اخذها واعطاء المقرض مثلاً وان لم يستهلكها بيده لان الثابت بالنزعة هو مثل المال المقرض لا عينه خلافاً لابي يوسف فإنه قال بلزوم تسليم عين المال المقرض اذا كان غير مستهلك ولهذا يجوز للمستقرض ان يبيع الخنطة المقرضة له الى المقرض ولا يجوز للمستقرض شرائها من المقرض لان المبيع يتعين بالتعيين وفي الهندية ان المستقرض يجوز له ان يتصرف بالقرض قبل قبضه فلو امر المقرض بزرع الخنطة التي استقرضها منه في ارضه وزرعها تم القرض اما لو امره بالقائها في النهر فالقائها تقع من مال المقرض .

ما يصح قرضه وما لا يصح : ثم اعلم ان كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة يصح قرضه وكل ما يضمن عيناً عند الاستهلاك لا يصح قرضه واذا اقرض ووجد في يد المستقرض يحق للمقرض استرداده عيناً لا مثلاً والحكم في القرض الفاسد هو كالحكم في البيع الفاسد فيفيد الملك بالقبض واذا تلفت الدار المقرضة في يد المستقرض يضمن قيمتها .

ويصح قرض المتاع لان القرض لا يتوقف على القبض اذ التصرف فيه قبل القبض جائز .

في كيفية اداء الدين وبراءة المديون واسباب سقوط الدين

الدين وصف ثابت في النزعة فلا يمكن قضائه عيناً فينقض بمثله ولذا قيل بأن الديون تقضى بأمثالها (اقروي) ثم ان المديون يكون برئاً من دينه (١) بأدائه للدائن او لو ارثه بعد وفاته وهذا اما ان يكون بأداء مثل الدين او بطريق النقص والمثل يتعين بنسبة يوم القرض لا بنسبة يوم الاداء فلو استقرض نقوداً ذهبية سعر الليرة مائة قرش فلا يلتفت عند الاداء الى ترفع قيمة الليرات او الى نزولها فيدفعها المديون ليرات ذهبية كما اخذها وكذا اداء الخنطة وخلافها . وكذا المبايعه فلو استقرض نقوداً وباع الدائن خنطة بدلاً منها وجرى التقابض قبل الفرق عن المجلس يكون الاداء قد تم لكنه لو باعه فرساً بدلاً من الدين صح الوفاء ولو لم يجر التقابض في المجلس لان الاداء في بيع القيميات لا يوجد فيها افتراق دين عن دين .

(٢) احالة المدينون الدائن على غيره بالدين وقبول المحال والمحال عليه هذه الحوالة .

(٣) اداء الدين من الكفيل .

(٤) اداء الدين من شخص اجنبي اما اذا ثبت بعد اداء الدين من اجنبي ان المدينون بريء الزمة يعود الاجنبي بما دفعه واذا دفع الدين بأمر المدينون وثبتت برائة ذمته يعود حق استرداد المال الى المدينون لا الى الدافع ويرجع الدافع على المدينون بقيمة ما دفعه عنه .

(٥) اذا توفي الدائن وورثه المدينون حصراً .

(٦) بالنقص اذا كان ما يطلبه كل منهما من الآخر ديناً معجلاً متحداً جنساً ومساوياً كل منهما للآخر قوة فيقع النقص ولو بدون رضا المقرض اما لو كان احدهما ديناً والآخر عيناً كالوديعة او كان الدينان مؤجلين او احدهما معجلاً والآخر مؤجلاً او كانا مختلفي الجنس مثلاً بأن كان احدهما ذهباً والثاني فضة او كان احدهما اقوي من الآخر كما اذا كان مطلوب الزوج من الزوجة ديناً ومطلوب الزوجة نفقة فلا يجري النقص بدون رضا الطرفين .

(٧) بالابراء ولا فرق بين ان يكون المبرئ عالماً بدينه او غير عالم عند ابي يوسف وهو القول المفتى به لان الابراء اسقاط واذا وقع الابراء مقيداً بالشرط فالابراء صحيح والشرط لغو (خانيه) .

(٨) تلف الرهن او المبيع بالوفاء بمقابلة الدين في يد الدائن .

(٩) اداء الدين من وارث المدينون بعد وفاته .

اما حق استيفاء الدين : يحق للدائن ونائبه اي وكيله ووارثه ووصيه وولي ورثته الصغار والموصى له بنفس الدين استيفاء الدين واذا توفي الدائن عن غير وارث فالمدينون التصديق بثل الدين فيكون ذلك وديعة عند الله يوصلها الى خصمه يوم القيامة (خانيه)

ولا يجبر الدائن على قبض ما هو اجود من دينه ولا اردأ منه واذا قبض زيوفاً بدلاً من دينه وظنّها جيدة ينظر فاذا كانت في يده ردها واذا تلفت او اتلفها فليس له رد مثلها .

ومتى وجد الدائن عند مدينونه مالا من جنس دينه يأخذه ولو بدون رضا المدينون مالم يكن الدين مؤجلاً وللاجنبي مساعدة الدائن ولو بغصب مال المدينون الذي هو من جنس دينه وتسليمه للدائن وليس للدائن ان يطالب خادم المدينون ولا وارثه ان لم يترك المدينون

شيئاً ولا مديونه لان مديون المديون لا يكون خصماً للدائن اما لو اخذه الدائن من مديون المديون رضاءً صح قبضه .

وللمدين ان يرجع بعض الدائنين على بعضهم بالدفع الا اذا كان مريضاً مرض الموت او محجوراً او مستغرقاً بالدين وله ان يرجع ما استقرضه في مرض موته او اشتراه ولا يسقط الدين الا باحد وجوهه المار ذكرها اما ضياع سند الدين من يد الدائن فلا يسقط حقه من الدين .
واذا استقرض المديون النقود المعشوشة او المزيفة حال رواجها وكسدت بعد ان استهلكها فله اداء مثلها كاسدة عند الامام الاعظم واداء قيمتها يوم قبضها عند ابي يوسف واداء قيمتها آخر يوم رواجها عند محمد وهو المفتي به الا ان بعض المشايخ افنوا في زماننا بقول ابي يوسف وهو الاقرب للصواب .

واذا استقرض حجباً وانقطع مثلها فللدائن انتظار موسمها الآتي .
اما التوكيل بالقرض فجائز وبالاستقراض غير جائز كما سيأتي بيانه مفصلاً .
وتأجيل القرض باطل سواء وقع التأجيل عند القرض او بعده .

ثم اعلم ان كل قرض اشترطت فيه المنفعة فهو حرام بناءً عليه يكره سكنى الدار المرهونة والاولى ان يبيع المقرض للمستقرض .
مثلاً بثمن مؤجل مائة وتسع ليرات مثلاً ثم يبيعه المشتري من آخر معجلاً بمائة ليرة ثم يبيع هذا المشتري المبيع للبائع الاول بمائة ليرة ويأخذها منه ويدفعها للمقرض او ان البائع يبيع شيئاً بقدر الربح الذي يريد اخذه الى المشتري ثم يبيعه المشتري من آخر وهذا يقبضه ويهبه من البائع الاول .

قسمة الغرماء : يترتب في تركة الميت حقوق اربعة اولاً تجهيز الميت بلا اسراف ولا تقتير ثانياً ، اداء جميع ديونه من باقي جميع المال ، ثالثاً تنفيذ وصيته من ثلث الباقي ، رابعاً تقسيم الباقي بين الورثة فاذا كانت تركة المديون مستغرقة في الدين وكان الدائن واحداً يدفع له جميع المتروك واذا كان الدائنون متعددين تقسم التركة بينهم غرامة بضرب دين كل غريم بمجموع التركة ويقسم الحاصل على جميع الدين واذا ظهر بعد التقسيم غريم لم يكن موجوداً عند التقسيم يرجع هذا الغريم على الدائنين ويستوفي منهم حصته . بالنسبة

✽ الباب الثاني ✽

(في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول)

مشروعية القسمة ثابتة بقوله تعالى (ونبتئهم ان الماء قسمة بينهم) وقوله تعالى (واذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى فارزقوهم منه) وبالسنة قوله صلى الله عليه وسلم (اعط كل ذي حق حقه) وقوله عليه الصلاة والسلام (ايا دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ايا دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام) ومنه يعلم ان القانون لا يشمل وما قبله . وكذا فعله عليه الصلاة والسلام بتقسيم الغنائم يوم فتح خيبر .

✽ الفصل الاول ✽

(في تعريف القسمة وتقسيمها)

مادة ١١١٤ [القسمة هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل]
 مادة ١١١٥ [القسمة تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشر ويقال لها قسمة الجمع واما تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في اقسامها مثل قسمة عرصة بين اثنين فيقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد] .

مادة ١١١٦ [والقسمة من جهة افراز اي تمييز ومن جهة مبادلة] اي اخذ العوض وهذا جار في جميع اقسام القسمة سواء كان المقسوم مثلياً او قيمياً مثلاً اذا قسم المال المشترك

بين اثنين مناصفةً يكون كل منهما افراز حصته عن حصة الآخر وميزها ويكون ترك حصته بحصة الآخر واستعاض بحصته منها في مقسمه = وقد ذكر في متن هذه المادة ان القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة ولم يقل بدلاً من المبادلة بيع لان القسمة تجري بحق المنافع ايضاً .

[مثلاً اذا كان كيل خنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة فكل حبة منه لكل واحد نصفها فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع وبأعطاء القسم الواحد لواحد والثاني للآخر يكون كل واحد منهما افراز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته كذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل واحد نصفه فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق وبأعطاء كل واحد منهما قسماً يكون كل واحد افراز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته] .

وحقيقة الافراز تظهر في المثليات المتحدة الجنس وهي اقرب تصوراً عند العقل من وجود الافراز في القيميات لأن صور الاجزاء المقسومة منها كثيرة التشابه فكأن كل جزء منها عين الجزء الآخر كما سيأتي تفصيله في المواد الآتية .

مادة ١١١٧ [جهة الافراز في المثليات] اي المكيلات والموزونات والعدديات المقاربة

[راجحة] اي غالبية لان المثلي هو مثل بعضه فبالقسمة يأخذ الشريك نصف حصته عيناً ويأخذ بدلاً من نصف حصته الاخرى مثلها وان اخذ الشريك هذا المثل فهو على طريق المبادلة انما الأفراز في المثليات غالب لان ما اخذه الشريك هو مثل حصته =

[بناءً عليه كل واحد من الشريكين في المثليات له اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه ولو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما] اما لو تلفت حصة الحاضر قبل ان يستلم الغائب حصته فلا تنقض القسمة .

وكذا اذا كان المثلي مشتركا بين بالغ وصغير فللبالغ قسمته وتسليم الصغير حصته بعد البلوغ او تسلم حصته الى وصيه قبل البلوغ .
وفي العناية اشتريا مائة مد من الخنطة بمائة قرش شركة سوية بينهما فتقاسماها فكل منهما بيع حصته بربح نصف الثمن للآخر .

مادة ١١١٨ [جهة المبادلة في القيميات راجحة] لان القسمة في القيميات هي اعطاء كل ذي حق حقه من النيمي وبهذه القسمة يكون صاحب الحق اخذ نصف حصته عينا ونصف حصة الثاني بدلا ولذا فلا رجحان للمبادلة على الافراز في قسمة النيمي خلافاً لقسمة المثليات فان كل شريك يأخذ نصف حصته عينا ويأخذ النصف الآخر مثلاً لذلك كان الاولى بالجهة ان نقول (المبادلة والافراز في القيميات سيات) بدلا من عبارة هذه المادة واذا قيل لنا بان المبادلة لو كانت في القيميات راجحة لما جاز اجبار الشريك شريكه على القسمة فيها لان المبادلة عقد معاوضة فلا تدخل تحت اجبار ولو كانت المبادلة في القيميات راجحة لجاز لأحد الشريكين المتقاسمين الرجوع على شريكه بضمان الغرور فجواباً على القول الاول نقول ان الحق الذي لا يمكن اخذه الا بالاجبار يؤخذ جبراً كما هو الحال في الشفعة وفي بيع عقار المديون من اجل وفاء دينه وجواباً على السؤال الثاني نقول بأن كل واحد من المتقاسمين يريد التخلص من الشركة والاستفادة من حصة مفرزة وهذا لا يكون الا في المبايعه ومتى كانت المبايعه اجبارية فلا ضمان غرور فيها كما هو الحال في الشفعة التي تؤخذ بحكم القاضي فلا يجري فيها ضمان الغرور .

[وتجوز المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي فالاعيان المشتركة من غير المثليات لا يجوز لأحد الشريكين اخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه]

ولا يجوز للبائع ان يقسم عقاره مع الصغير يأخذ حصته منه بدون حضور وصيه ورضائه خلافاً للمثليات .

وفي الهداية لا يجوز بيع المقاسم من الشركاء لبعضهم بعضاً بعد القسمة مراوحة بنصف الثمن خلافاً للمثليات .

مادة ١١١٩ [المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات لكن الاواني المختلفة باختلاف الصفة والموزونات المتفاوتة قيمية وكذلك الخنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز هو قيمى والدرعيات ايضاً قيمية لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطائن من اعمال الفابريقات التي تباع على ان ذراعها بكذا قرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها هو مثلي والحيوانات والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة مثل البطيخ الاخضر والاصفر هي قيمية وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية]

واعلم بأن ليست جميع المكيلات والموزونات والمذروعات مثلية فمنها ما هو قيمى كالزيت المختلف الاصناف والتمن والجوهرات والمذروعات المتحدة الجنس والمختلفة الصفة فلا بد لمعرفة المثلي من القيمى من وجود قاعدة ثابتة وهي ان كل ما يعتمد حين البيع على معرفة مقداره بالكيل والوزن والدرع والعدد فهو مثلي وما لا يعتمد على معرفة مقداره حين البيع بهذه المذكورات فهو قيمى .

مادة ١١٢٠ [ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين قسمة الرضاء وقسمة الرضاء] واذا كان احد المتقاسمين صغيراً فيكفي رضاء وصيه او وليه .

مادة ١١٢١ [قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضى الكل عند الفاضى] اذا كانوا كباراً واذا وجد بينهم صغير او مجنون تجري المقاسمة بمعرفة وليه او وصيه .

مادة ١١٢٢ [قسمة الرضاء هي تقسيم الفاضى الملك المشترك جبراً وحكماً يطلب بعض المقسوم لهم]

وللتأضي اجراء القسمة بذاته او بمعرفة قسام واذا اجراها بذاته فالاولى ان لا يتناول اجرة عمله لو كانت وظيفته اجبار المتمنع على القسمة لا القسمة اما القسام فله اخذ الاجرة واجرته تؤخذ من المتقاسمين على عدد رؤسهم عند الامام الاعظم وبنظير حصصهم عند الامامين وهذا هو الموافق للحكم القانوني في زماننا اما اجرة انكيال والوزان والراعي والحمال والحافظ والبناء والطيان وكراء الانهر والقنات فتقسم بمقدار النصيب لا بعدد الرؤس .

❖ الفصل الثاني ❖

(في بيان شرائط القسمة)

مادة ١١٢٣ [كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض] سواء قسم الدين مستقلاً او قسم مع العين والدليل على ذلك :

اولاً القسمة افراز والدين ثابت في الذمة لا يمكن افرازه لان الدين وصف معنوي ثابت في الذمة لا وجود له في الحس . والقسمة انما تعرض لما هو مادي من الموجودات .

ثانياً قسمة الدين توجب تملكه من غير المديون وهذا لا يجوز لان القسمة من وجه مبادلة ثالثاً الدين ثابت في الذمة فلا يقال بوجوده حقيقة فاذا قسم يكون اعطي حكم الموجود وهذا لا يجوز الا اذا قبض الدين فيجوز تقسيمه لانه يصير عيناً لا ديناً .

[مثلاً لو كان للمتوفي ديون] او ديون واعيان [في ذمة اشخاص متعددين واقسمتها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين] او ما في ذمة فلان من الدين والعين [لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث فلا يصح وفي هذه الصورة مهما حصله احد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر] اما لو اقتسموا الاعيان اولا والديون ثانياً جازت قسمة الاعيان وبطلت قسمة الديون .

مادة ١١٢٤ [لا تصح القسمة الا بأفراز الحصص وتمييزها] لأن حكم القسمة تعيين حصة كل واحد من الشركاء وهذه لا تكون الا بالأفراز [مثلاً اذا قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الخنطة للآخر خذ أنت ذلك الطرف من الصبرة وليكن هذا الطرف لي فلا يكون قسمة]

وذلك لأن القسمة انما تكون بتمييز المقاسم عن بعضها وفي مثال المسألة لا يوجد تمييز في المقاسم فان الصبرة من الوسط تصب على اصل الشركة بحيث لا يعرف منتهى كل طرف من جهة ذلك الوسط .

وكذلك اذا تقاسم اثنان صبرتي خنطة فأخذ احدهما الاولى والثاني الثانية لا تصح القسمة وكذا اذا كانت الصبرة الاولى عشرة امداد من الخنطة الجيدة والثانية عشرين مدّاً من الخنطة الرديئة فلا تجوز القسمة باعطاء كل منهما صبرة لان المكيلات من الاموال الربوية فلا يجوز التفاضل فيها الا اذا اعطى مالا آخر كثوب قماش مثلاً علاوة على الصبرة القليلة جازت القسمة وكذلك لا يجوز للشركاء ان يقتسما زرع الارض المزروعة بينهما قبل حصده وكيهه .

مادة ١١٢٥ [شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة]

فلا يجوز والحالة هذه قسمة الوقف بين الشركاء اما قسمة الوقف عن الملك وقسمة الموقوف بالاجارتين بين المتصرفين فصحيحة [فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت] خلافاً للشفعة فإنها لا تفسخ القسمة « مادة ١٠١٠ » [وكذا اذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار قسمه] لانها اذا لم تبطل وجب على المستحق اخذ حصته من عشرة مقاسم ووجب عودة كل من الحصص المقررة لحال الشيوع وهذا مضر بالشركاء وبالمستحق والقسمة انما شرعت لرفع ضرر الشيوع لا لتزييده .

[كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة والباقي مشترك بين اصحاب الحصص واذا ظهر مستحق لمقدار معين من حصة او لجزء شائع منها

فصاحب الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة وان شاء لم يفسخ ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الأخرى [لان القسمة من وجه مبادلة والمبادلة كالبيع فاذا استحق بعضه فلهشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء ابقاء ورجع بمقدار المبيع وهذا الخيار مفيد عند عدم خروج شيء من حصة الشريك الواقع الاستحقاق بحصة من ملكه بطريق البيع والا اذا باع احد الشريكين المتقاسمين قسماً من حصته ثم وقع الاستحقاق بقسم منها تحتم عليه الرجوع على شريكه بمقدار من حصته وسقط خياره ومفيد ايضاً بحصول العيب في المقسم الواقع الاستحقاق فيه بسبب الاستحقاق اما اذا كان الاستحقاق لا يعيب المقسم الواقع الاستحقاق فيه كقسمة الاغنام يتحتم على الشريك الواقع الاستحقاق بحصته ان يعود على شريكه بفرق الحصة فقط ولا خيار له .

واذا وقع الاستحقاق بالحصتين متساوياً او متفاضلاً فلا خيار لهما واذا كان الاستحقاق متفاضلاً يرجع من وقع الاستحقاق بحصته اكثر من الآخر على شريكه بما اخذ منه زائداً .
[مثلاً عرصة مائة وستون ذراعاً بعد ان قسمت بين اثنين مناصفة اذا ظهر

مستحق لنصف حصة فصاحب الحصة ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه يعني يأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً] خلافاً لما اذا وقع الاستحقاق باكثر من مجموع الحصة او بتمام الحصة فان ذلك يبطل القسمة [ولو ظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان على التساوي لا تفسخ القسمة وان كان في حصة اكثر من الاخرى فالمعتبر هو مقدار الزيادة ويكون كأنما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة ومن اصاب حصتها كثرية الاستحقاق يكون مخيراً كما مر ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان]

واذا وقعت القسمة في اموال يجبر فيها المتمنع على القسمة اذا امتنع واستحق بعضها او كلها فلا ضمان غرور لمن دفع الاستحقاق في حصة على الآخر فاذا اقتسم الشرى كان داراً واحدة

شطرين وعمر او عمر احدهما بمقسمه واستحق كله او بعضه فليس له طلب ضمان الغرور من شريكه . واذا وقعت القسمة في اموال لا يجبر فيها الممتنع عن القسمة للقسمة اذا امتنع كقسيم الدور المتعددة بين الشركاء واستحق بعضها بعد القسمة فالمستحق منه طلب ضمان الغرور من شريكه .
واعلم بان كون المقسوم ملك المتقاسمين شرط لنفاذ القسمة لا لانقادها لما يأتي من ان انعقاد قسمة الفضولي موقوفة النفاذ على اجازة المالك كباقي العقود المدنية وقدينت هذه المادة للاستحقاق الذي يمكن وقوعه بعد القسمة سبع صور (الاولى) ان يستحق جميع المقسوم فتبطل القسمة لانعدام محلها بالاجماع (الثانية) ان يستحق جزء شائع من جميع المقسوم فتتفسخ القسمة بالاتفاق دفعا للضرر تفرق نصيب المستحق وتعتبر المادة بالبطلان في هذه الصورة مخالف للقواعد ونصوص الفقهاء (الثالثة) ان يكون المستحق مجموع حصة بتمامها وفي هذه الصورة تبطل القسمة لظهور ان المستحق غير مملوك للمتقاسمين وتشتأنف على الحصة السالبة (الرابعة) ان يكون المستحق بعضا معيناً من حصة احد المتقاسمين وفي هذه الصورة لا تنفسخ القسمة اتفاقاً على وجه الجبر لانه لم يتعلق بها المستحق حق وانما يثبت الخيار في فسخها لصاحب الحصة المستحق منها لان الضرر وقع عليه وحده فأن امضى القسمة رجع بنقصان حصته على الشريك الآخر من الحصة السالبة وان فسخها اعيدت ثانية على الباقي (الخامسة) ان يكون المستحق بعضاً شائعاً من حصة احدهما وفي هذه الصورة لا تنفسخ القسمة جبراً ويثبت الخيار لذي الحصة المستحق منها عند الامام الاعظم وتفسخه جبراً من غير توقف الى اختيار المستحق منه عند ابي يوسف لان استحقاق الجزء الشائع او جد شريكاً في المقسوم لا بد من وجود رضاه حين القسمة بخلاف الصورة الرابعة لان استحقاق العين فيها لم يوجد شريكاً للمتقاسمين معاً بل لأحدهما (السادسة) ان يكون المستحق جزءاً معيناً من كلتا الحصتين وهو في كل واحدة مساوٍ له في الاخرى وفي هذه الصورة لا تنفسخ القسمة ولا يرجع احد على آخر بشيء للمساواة في القدر المأخوذ في كل منهما (السابعة) ان يكون المستحق جزءاً معيناً من كلتا الحصتين مع عدم التساوي وحكم هذه الصورة نظير ما تقدم في الرابعة والخامسة .

مادة ١١٢٦ [قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً مثلاً اذا

قسم واحد المال المشترك بنفسه فلا تكون القسمة جائزة لكن اصحابه ان اجازوا قولاً

بأن قالوا احسنت او تصرفوا بالخصص المفروزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كييع وايجار فالقسمة صحيحة نافذة]

واذا وقع الفسخ وجب اعتباره ولا تصح الأجازة بعد الفسخ .

مادة ١١٢٧ [كون القسمة عادلة يعني تعديل الحصص بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشاً لازم فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع لكن بعد اقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق اذا ادعوا الغبن لا تسمع دعواهم]

بناءً عليه تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة الرضائية والفضائية سواء حصل الغبن من حيث القيمة او من حيث الغلط في الذرع بالمذروعات او الكيل في المكيلات او العدد في العدديات (رد المختار) . وتسمع ايضاً دعوى الغلط بالقسمة بأن ادعى المدعي بأن المقسم الذي افرز له اعطي بطريق الغلط الى شريكه (رد المختار) . وتسمع ايضاً دعوى التسليم فأذا قال احد الشركاء كانت حصتي في المقسوم الى الحل الفلاني ، قال الاخر ان حصتك الى الحل الفلاني تحالفاً لان هذا الاختلاف واقع على ما حصل بالقسمة فهو من قبيل الاختلاف في المبيع والتمن (رد المختار) .

وتسمع ايضاً دعوى الحدود وللطرفين في هذه الدعوى اقامة البينة واذا عجزا تحالفاً واذا برهننا نقبل بينة الخارج وهو المدعي اما دعوى احد المتقاسمين ملكية المال المقسوم قبل القسمة غير مسموعة « مادة ١٦٥٨ » .

واذا اقر المتقاسمون باستيفاء حصتهم لا تسمع دعواهم الغبن وتسمع دعواهم بكذب الاقرار وبالغلط والغصب والغبن الفاحش اذا اقر به الشريك الآخر وبإثباته من المدعى بالبينة او بالنكول عن اليمين من المدعي عليه .

مادة ١١٢٨ [يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من المتقاسمين بناءً عليه اذا غاب احدهم فلا تصح قسمة الرضاء واذا كان في جملتهم صغير فوليه

او وصيه قائم مقامه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على امر الحاكم
فينصب وصي من طرف الحاكم وتصير القسمة بمعرفته .

اما الحاكم فله نصب الوصي على القاصر الحاضر في مجلسه او المقيم في دائرة قضائه باقل من
مسافة السفر وليس له اقامة الوصي على القاصر الموجود خارج دائرة قضائه .

مادة ١١٢٩ [الطلب في قسمة القضاء] من بعض الشركاء او من كلهم [شرط

فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص] فاذا كان المقسوم
مثلياً او كيلياً او وزنياً تكفي فيه دعوى الملك المطلق او دعوى الملك بسبب لان المال لمن
وجد بيده وكذا قسمة العقار الا اذا قيد المدعون ملكيتهم بسبب الارث فيكلفوا لاثبات
ارثهم ولو فات المورث لتصح دعواهم الملك بالخلفية ولا يقال بأن استماع الشهود بحق وفاة
المتوفي حال وفاته لا يجوز بداعي ان الشهادة لا تسمع بغياب المشهود عليه لان احد
الورثة بدعوى القسمة مدعي والباقون مدعى عليهم اضافة لتركبة الميت ولا يقال بأن الورثة
مقرون بوفاة مورثهم فلا فائدة من اقامة البينة لان البينة تقام اذا كانت مفيدة الا ترى ان
الدعوى المقامة بدين على الميت بوجه احد الورثة تثبت بالبينة ولو اقر الوارث كي يكون حكمها
متعد على الورثة الغائبين .

ملاحظه : بحث الشراح بحثاً مطولاً بتجوز القضاء على الغائب وعدم تجوزيه وبقسمة
القضاء بطلب بعض المتنافسين اذا كانت البعض الآخر غائباً الا ان هذه الابحاث اصبحت
منسوخة بأصول المحاكمة ولذا لا حاجة لتذكرها .

مادة ١١٣٠ [اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر فعلى
ما سييين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسمه الحاكم
جبراً والا فلا يقسمه] .

خلافاً لقسمة الرضاء فان للشركاء القسمة رضاء سواء اتفقوا ام لم ينفقوا .

ملاحظه : ان هذه المادة مخالفة لمنطوق قانون تقسيم الاموال غير المنقولة فيجب اعتبار

حكمها منحصر بحق المنقولات فقط لان العقارات اذا تبين انها غير قابلة للقسمة تباع جميعها بالمزاد العلني وتوزع اثمانها .

مادة ١١٣١ [قابل التهمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة] وهي المنفعة التي كان يستوفوها الشركاء قبل القسمة فاذا كانت القسمة مفيدة لأحدهم ومضرة للآخرين حيث ينتفع بعضهم منها دون البعض الآخر لا تصح القسمة قضاءً . وقد قال الامام الشافعي بجواز القسمة بفائدة احد الشريكين بضم مقسمه الى موات او الى عقار آخر له .

الخلاصة : للقاضي ان يحكم بالقسمة اذا كان ينتفع بها جميع الشركاء او بعضهم وليس له الحكم اذا كان لا ينتفع بها احد منهم اما اذا تعد الشركاء مثلاً كانوا عشرة اشخاص وطلب القسمة خمسة منهم وكان مقسم الخمسة ينتفع به وجبت القسمة على القاضي (باجوري) .

ملاحظة : ما يتعلق بتقسيم العقار من هذه المادة منسوخ ايضاً بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة لان القانون المذكور اوجب تقسيم العقار اذا كانت قسمته نافعة لجميع الشركاء والا فبيعه اذا كانت القسمة لا تفيدهم او لا تفيد البعض منهم .



* الفصل الثالث *

(في بيان قسمة الجمع)

مادة ١١٣٢ [تجري قسمة القضاء في الاعيان المتحدة الجنس يعني ان الحالكم يطلب احد الشركاء يقسم سواء كان ذلك من المثليات او القيميات]
 وذلك لما سبق من وجود معنى الافراز في القسمة وعلة الحكم ظاهرة في المثليات وسأاتي في
 المادة ١١٣٤ على بيان العلة في القيميات والاعيان المشتركة .

مادة ١١٣٣ [لعدم الفرق والتفاوت بين افراد المثليات المتحدة الجنس
 فقسمتها مع كونها غير مضرّة بأحد الشركاء يكون كل واحد استوفى حصته
 وحصل على تمامية ملكه بها كما لو كان مقدار حنطة مشتركاً بين اثنين نفي قسمة ذلك
 بينهما على حسب الحصص واستيفاء كل ما اصاب حصته من الحنطة يكون مالكاً لها
 مستقلاً ومن هذا القبيل سيكة ذهب كذا درهماً او سيكة فضة كذا اقة او قطعة
 نحاس او حديد كذا وزناً او مقدار من ثوب جوخ متحد الجنس او كذا ثوب
 بز او عدد كذا من البيض] يقسم بين الشركاء افرازاً ولا يجوز اعطاء احد الجنسين
 لشريك والجنس الثاني للشريك الآخر مثلاً لا يجوز اعطاء الذهب لاحد الشركاء والفضة
 او النحاس للشريك الآخر .

مادة ١١٣٤ [القيميات المتحدة الجنس وان وجد فرق وتفاوت بين افرادها
 لكن بحسب كونه جزئياً صار كأن لم يكن وعدت قابلة للقسمة ايضاً على ما مر
 مثلاً خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكأنما اخذ كل واحد منهما عين
 حصته ومن هذا القبيل ايضاً مائة جمل ومائة بقرة] ولا يجوز قسمتها بأعطاء الجمل

للشريك والبقر للشريك الآخر . والمعول عليه في مشروعية الجبر على القسمة هو اتحاد اجزاء المقسوم في المالية ومنفعته المقصودة ولا اعتبار لوحدة العين والصورة فيها .

مادة ١١٣٥ [لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة يعني في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات او من القيمات اي لا يسوغ للعالم ان يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب احد الشركاء مثلاً بأن يعطي لاحد الشركاء مقدار كذا حنطة وفي مقابله لا آخر مقدار كذا شعير او لاحدهم غنماً وفي مقابله لا آخر مقدار كذا ابلاً او بقرّاً او لواحد سيفاً ولا آخر سرجاً او لاحدهما داراً ولا آخر دكاناً او ضيعةً بطريق قسمة القضاء لا يجوز اما اعطائهم ذلك على الوجه المشروح حال كونه بالتراضي بينهم قسمة رضى فإنه يجوز]

وذلك لان اختلاف الجنس لا يتصور معه وحدة اجزاء المقسوم في المالية والمنفعة المقصودة منه فلا يثبت لذي الولاية العامة صلاحية الجبر على المبادلة لأن ذلك من اضاعه الحقوق ومبادلة المختلف الجنس ببيع فلا يجوز بدون الرضاء .

مادة ١١٣٦ [الأواني المختلفة بحسب اختلاف الصفة ولو كانت مصنوعة من جنس معدن واحد تعد مختلفة الجنس]

مادة ١١٣٧ [الحلي وكبار اللؤلؤ والجواهر ايضاً من الاعيان المختلفة الجنس اما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الماس الصغيرة فإنها تعد متحدة الجنس] .

مادة ١١٣٨ [الدور المتعددة والدكاكين والضياع ايضاً مختلفة الجنس فلا نقسم قسمة جمع مثلاً بأن يعطي لأحد الشركاء من الدور المتعددة واحدة وللآخر اخرى بطريق قسمة القضاء لا يجوز بل نقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على

الوجه الآخر [لان الدور وان كانت من جنس واحد لكنها تختلف بغيرانها وشرفها وقر بها من المساجد وذلك عند الامام الاعظم اما الامامان فقد رأيا جواز ترك امر التقسيم لرأي الحاكم اما المنازل وهي الدور الصغيرة المتلاصقة والموجودة في المحلة الواحدة او الغرف يجوز قسمتها بالاتفاق وهذا كله خلافاً لما جاء بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة لان هذا القانون منع قسمة الجمع في الاملاك بدون رضا الطرفين فاصبح الاخذ بظاهر هذه المادة واجباً لان ظاهرها ينطبق على القانون المذكور .

❖ الفصل الرابع ❖

(في بيان قسمة التفريق)

مادة ١١٣٩ [تفريق العين المشتركة وتبعضها ان لم يكن مضرراً بأحد الشركاء فهي قابلة للقسمة مثلاً لو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار فهذا الوجه المنفعة المقصودة من العرصة تكون باقية . كذلك دار فيها منزلان واحد للرجال والآخر للحرم ففي تفريقها وتقسيمها الى دارين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من المنزل وكل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً بناءً عليه قسمة القضاء تجري في العرصة والمنزل يعني احد الشركاء اذا طلب القسمة وامتنع الآخر فالحاكم يقسم ذلك جبراً] .

ثم ان القابلية للقسمة تكون باعتبار نفع المتشاركين في العين المقسومة فالعقار اما ان يكون غير قابل للقسمة اساساً كالبنار والحمام ودار الرحي والحضان والكتاب واما ان يكون قابلاً للقسمة كالدار الكبيرة والمنزل ولا يقسم بالنسبة لتعدد الشركاء فيه ولعدم امكان اعطاء كل منهم حصته واعطاء طالب القسمة حصة ينتفع بها .

مادة ١١٤٠ [اذا كان تبعض العين المشتركة وتفرقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالآخر يعني انه مفوت للمنفعة المقصودة فاذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالحاكم يقسمها حالاً مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد القسمة بالسكنى فيها وصاحب الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاءً] وهو القول المختار من اصحاب المتون والبهجة ويستثنى منه عقار الوقف المتصرف فيه بالاجارين والطريق والمسيل لان الوقف يشترط فيه اولاً انتفاع كل شريك بحصته . ثانياً كون القسمة نافعة بحق الوقف . ثالثاً وقوع التقسيم بأذن المتولي واذا كان احد الشركاء صغيراً يجب اجراء القسمة اذا كانت مفيدة له اما الحكم بقسمة الطريق والمسيل فإنه مبين في المادتين ١١٤٣ و ١١٤٤ .

مادة ١١٤١ [لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تبعضها وقسمتها تضر بكل واحد من الشركاء] لان هذه القسمة ضرر لجميع الشركاء [مثلاً الطاحونة اذا قسمت فلا تستعمل طاحونة فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة فلا يسوغ للحاكم قسمتها بطلب احد الشركاء وحده] الا اذا كانت الطاحون ذات حجرين او كانت الحمام ذا خزانين فيقسم اذا كان مشتركاً مناصفة بين شريكين [أما بالتراضي فتقسم] بدون حكم الحاكم واذا راجعوا الحاكم لاجل قسمتها فلا يقسمها لان الحاكم لا يشتغل ^{بالعسل} بالنفوس [وكذلك الحمام والبئر والقنات والبيت الصغير والحائط بين الدارين ايضاً وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرير والعربة والجبنة وحجر الخاتم لا تجري قسمة القضاء في واحد منها] لان قسمة هذه الاشياء توجب قلب المقصود لنقيضه ولا يجوز الشرع والعقل مباشرة الحكم الأعمال المضرة اما القسمة الرضائية فصحيحة في ذلك لحرية تصرف الملاك في ملكه .

مادة ١١٤٢ [كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك كذلك لا

لا يجوز تقسيم الكتاب المتعدد الاجزاء و الجلود جلدًا جلدًا [لان القصد من القسمة هو الانتفاع والتسمة على هذا الوجه مضرّة بعموم الشركاء ولا يجوز العقل مباشرة الضرر قضاء ولا خير ايضاً في قسمة التراضي في مثل هذه الاحوال لانها عيبت واضاعة للمال وانما الانتفاع بمثل هذه الاموال بطريق المهايئة او البيع من احد الشركاء او من اجنبي هو اقرب الى منفعة الشركاء .

مادة ١١٤٣ [ينظر في الطريق المشترك بين اثنين فأكثر وليس لغيرهم فيه حق اصلاً] اي الطريق المفروض من عرصّة مشتركة بين بعض الاشخاص اذا اقتسموها وعمرها دوراً فيها وتركوا طريقاً خاصاً مشتركاً بينهم (وهذا الطريق الخاص هو غير الطريق الوارد ذكره في المادة ١١٢٣ من المجلة) .

[حين طلب احدهم قسمته وامتناع الآخر فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد منهم طريق] ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال [يقسم والا فلا يقسم جبراً الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال يقسم] اما القسمة فانها تجري بنسبة حصة كل من الشركاء اذا كانت الحصص في الطريق مملوكة ، الا تكون على عدد رؤوس الشركاء لا بنسبة مساحة املاكهم لان القصد من الطريق المرور وهذا متساو (رد المحتار)

واذا تقاسم الشركاء الطريق الخاص قسمة رضا فلهم تعيين الحصص كيفما شاؤوا لأن الطريق ليس من الاموال الربوية . وكذا الحكم في الساحات المتروكة للبيوت . اما الطريق الواجب اعطائه لكل من الشركاء بعد القسمة اذا كان طريق بيوت فيجب ان يكون كافياً لمرور انسان واذا كان طريق ارض يجب ان يكون كافياً لمرور ثور واذا كان طريق حرج يجب ان يكون كافياً لمرور حمل او دابة .

واذا دققنا في هذه المادة نراها تخالف المادة ١١٤٠ من حيث الحكم وايضاح ذلك ان محل اجابة الطرف المنتفع وحده بالقسمة اذا لم يكن المشترك طريقاً . اما في الطريق المشترك فلا يجاب طالب القسمة ما لم تتوفر منفعة جميع الشركاء من حصصهم فيه بعد القسمة لان الضرر في الطريق لا يقبل التلافي اصلاً .

مادة ١١٤٤ [المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك اي اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر فإن كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او يتخذ كل مسيلاً في محل غيره يقسم والا فلا]

مادة ١١٤٥ [كما انه يجوز ان يبيع شخص طريقه الملك على ان يبقى له حق المرور يجوز ايضاً ان يقسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لأحدهما والثاني حق المرور فقط] لان الطريق لم يكن من الاموال الربوية فيجوز اعطاء احد الشركاء فيه حصّة اكثر من الآخر ولا مكان اعطاء الشريك في رقبة الطريق شيئاً من داخل المشترك .

مادة ١١٤٦ [كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركاً في تقسيم الدار بين الشريكين تجوز ايضاً القسمة على جعله ملكاً لأحدهما خاصة] . ويجوز ايضاً تقسيمه على ان يكون ملكاً لأحدهما وان يضع الآخر جذوعه عليه .

❖ الفصل الخامس ❖

(في بيان كيفية القسمة)

مادة ١١٤٧ [المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل او من الموزونات فبالوزن او من العدديات فبالعدد او من الذرعات فبالذراع تقسيمه]
وهذا الفصل بين طرائق قسمة القضاء التي تجري في متحد الجنس من المثليات والقيّمات غير ان شريكي التساوي فيها لا يلزم ان يأخذ كل واحد منهما مقدار الآخر في العددي والكيلى والوزني من القيميات ويجوز ان يأخذ احدهما ازيد من الآخر في العدد على طريق تعديل القيمة .
مادة ١١٤٨ [حيث كانت العرصه والاراضي من الذرعات فتقسم بالذراع

اما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة [واذا كان بعض البناء مبنياً على قسم من الطريق العام فلا تكال ارضه ولا تدخل في القسمة و يقدر بناؤه بدون عرصته (هندية)
 مادة ١١٤٩] اذا كان في تقسيم الدار ابنية احدى الحصتين اغلى ثناً من الحصّة الاخرى فأن امكن تعديلها بأعطاء مقدار من العرصه فيها والا فتعدل بالنقود
 اي ان النزع لا ينتص بالمنقولات التي تجري فيها قسمة الجمع وقد يكون في العقارات التي قسمتها من التفريق .

مادة ١١٥٠] اذا اريد قسمة دار [واحدة] مشتركة بين اثنين على ان يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر فيقوم الفوقاني والتحتاني و باعتبار القيمة تقسم [
 لان الفوقاني والتحتاني يختلفان في اكثر المدن وفي بعضهما منافع لا توجد في الاخر وقد ذكر في الشرح ان الدار التي تفرز على هذا الوجه هي الدار الواحدة بناء عليه لا يجوز اعطاء فوقاني احدى النارين لواحد وتحتاني الاخرى لآخر .

مادة ١١٥١] ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرصتها [ويقومها] و يقوم ابنيها و يعدل الحصص على ان لا يبقى تعلّق لكل حصّة في الأخرى ان امكن ويفرز الشرب والطريق والمسيل [
 واذا لم يفرز لكل حصّة طريقاً ووقت القسمة ينظر فاذا كان صاحب المقسم الذي لا طريق له يمكنه فتح طريق في ارضه كان بها والا فاذا اخذ مقسمه وهو عالم بأن لا طريق له يكون قد رضي به معيهاً واذا اخذه وهو لا يعلم بأن لا طريق له فله فسخ القسمة .
 [ويلقب الحصص بالاول والثاني والثالث ثم يقرع فتكون الاولى لمن خرج اسمه ابتداءً والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً ويسري على هذا الترتيب اذا وجد زيادة حصّة]

ثم ان القرعة هي من اجل تطيب القلوب فتم التعديل والنقسم يجوز للحاكم ان

يحكم بالقسمة بدون القرعة وحيث ان القرعة ليست بشرط لصحة القسمة فلا يقال بأن تعيين الاستحقاق بالقرعة حرام لانه ليس بميسر (قمار) .
اما القسام فيجب ان يكون عادلاً واميناً وعالماً بالقسمة ونقبل شهادته اذا كان نصاباً بعد القسمة بتسليم كل من المتقاسمين مقسمه ولو كان مأجوراً لان شهادته ترد على التسليم والتسليم لا على فعله وهو القسمة .

مادة ١١٥٢ [التكاليف الاميرية ان كانت لاجل محافظة النفوس] كالتمتع [تقسم على الرؤس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان] وكذلك الدية اذا وجبت على اهل قرية يستثنى منها النساء والصبيان والمجانين والمعتوهون .
[وان كانت لمحافظة الاملاك] كالويركو [فتقسم على مقدار المساحة لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧]

والسبب في عدم دخول النساء والاطفال في التوزيع هو ان محافظة النفوس الضعيفة من مجموع الامة واجب على المجموع القوي لان النساء مدارس الاطفال والاطفال تأتي نوبتهم بعد البلوغ . وكذا اذا حصل خطر في البحر ورأى الركاب ان هذا الخطر لا يزول الا بالقاء الاموال في البحر يلقي من الاموال ما خف حملها وقلت قيمتها ويضمن الركاب قيمتها بحسب عددهم واذا لقي بعض الاموال تحسب قيمتها على الاموال الباقية والرؤس .

ملاحظة : اعلم ان بحث القسمة الوارد في المجلة يتعلق بقسمة المثلي والقيمي من العقار والعروض ولما كانت قسمة العقارات اصبحت تابعة لقانون مخصوص وهو قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة وكان هذا القانون يجيز قسمة الاراضي والاملاك بصورة تحالف احكام المجلة حيث ان هذا القانون امر بلزوم القسمة عندما تكون مفيدة للطرفين او بيع العقار عندما تقوت منفعة احدهما وتوزيع ثمن العقار المطلوب قسمته لذلك اصبحت من الواجب اعتبار جميع ماورد في المجلة بحق القسمة منسوخاً فيما يخالف ما ورد بقانون تقسيم الاموال الغير المنقولة .

❖ الفصل السادس ❖

(في الخيارات)

يجري في التهمة ستة انواع من الخيارات وهي : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار العيب ، خيار الغبن ١١٢٨ ، خيار الاستعناق ، خيار اجازة عقد الفضولي ١١١٥ و ١١٢٦ ولا يجري فيها خيار الذند وخيار التعيين .

مادة ١١٥٣ [كما يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في البيع كذلك يكون ايضاً في تقسيم الأجناس المختلفة] لان قسمة هذه الاموال هي مبادلة كالبيع والبيع تدخله الخيارات [مثلاً اذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على ان يكون لواحد كذا مقدار خنطةً ولا آخر كذا مقدار شعيراً ولا آخر كذا غنماً ولا آخر في مابله كذا رأس بقر فان شرط الخيار الى احدهم الى ايام معلومة ففي هذه المدة ان شاء قبل القسمة وان شاء فسخ وان كان احدهم لم ير المال المقسوم يكن مخيراً وان ظهرت حصة احدهم معيبة فان شاء قبل وان شاء رد]

ولا يقال بعدم جريان خيار الرؤية في القسمة قياساً على البيع الوارد ذكره في المادة ٣٢٢ من المجلة لان كل شريك من المتقاسمين في القسمة هو بائع ومشتري فله خيار الرؤية وللشريك اذا ظهر ان قسماً من حصته معيب ردها كلها او قبلها كلها وليس له تبعضها واذا كانت المتقاسم عليه دابة فركبها الشريك بعد ان اطلع على عيبها يسقط حقه من ردها بخيار العيب لان الدابة من الاشياء التي يختلف بها الانتفاع باختلاف المستعملين وليس للشريك ركوها حال غياب شريكه لان ركوها دليل على الرضاء بالعيب اما استعمال النار المقسومة بعد الاطلاع على العيب فلا يمنع الرد وكذا جميع ما يمنع الرد بخيار العيب في البيع يمنع الرد بخيار العيب في القسمة .

ثم اعلم ان كلمة بالتراضي الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي لان الأجناس المختلطة لا تقسم قسمة قضائية كما ورد ذلك في المادة ١١٣٥

مادة ١١٥٤ [خيار الشرط والرؤية والعيب يكون ايضاً في قسمة القيمات المتحدة الجنس مثلاً اذا قسمت مائة شاة مشتركة بين اصحابها على قدر الحصص ان كان احدهم شرط الخيار الى كذا يوماً في هذه المدة يكون مخيراً بين القبول وعدمه وان كان لم ير الغنم فحين يراها يكون مخيراً كذلك وان ظهر عيب قديم في الغنم التي اصابته حصّة احدهم فكذلك يكون مخيراً ان شاء قبلها وان شاء ردها]

مادة ١١٥٥ [خيار الشرط والرؤية لا يكون في قسمة المثليات المتحدة الجنس] خلافاً لبيعها لان قسمة المثليات افراز لا مبادلة .

[لكن يكون فيها خيار العيب] لان الملك لكل واحد منهما قبل القسمة شائع في اجزاء المشترك السالم منها والمعيّب فوجود العيب في حصّة واحد يدل على انه استوفى من المعيب اكثر من حصته فيرد الزائد عما يصيب حصته من المعيب ويأخذ بدلاً منه من السالم .

[مثلاً صبرة حنطة مشتركة بين اثنين فاقسماها على ان لأحدهما الخيار الى كذا يوماً لا يكون الشرط معتبراً واحد الشريكين اذا لم ير الحنطة فحين رؤيتها يكون له الخيار اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معيباً فصاحبه مخير ان شاء قبل وان شاء رد]

واعلم ان الاعطاء من وجه الصبرة الى احد الشركاء ومن الاسفل الى الآخر لا يفهم منه القسمة جزافاً لان قسمة المثليات جزافاً لا تجوز « مادة ١١٢٤ »

❖ الفصل السابع ❖

(في بيان فسخ القسمة واقلتها ❖)

مادة ١١٥٦ [بانسحاب القرع كاملاً تتم القسمة]

وتتم أيضاً بتحكيم الحاكم وبالزام من وكله الشركاء بأعطاء كل منهم حصته وبالقبض .

مادة ١١٥٧ [بعد تمام القسمة [الصحيحة] لا يسوغ الرجوع]

اما القسمة الفاسدة كقسمة الوقف بين المرتزقة فانها تنقض في كل وقت .

مادة ١١٥٨ [في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة الاكثر مثلاً وبقي واحد

فأراد احد اصحاب الحصص الرجوع ينظر ان كانت قسمة رضى فله الرجوع وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع]

لان قسمة الرضاء يشترط فيها رضاء جميع الشركاء والرجوع يدل على عدم الرضاء .

مادة ١١٥٩ [اذا اقال اصحاب الحصص القسمة برضاءهم بعد تمامها وفسخوها

فلهم ان يجعلوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق]

وعندي ان وجه هذه الاقالة في القيمات لا المثاليات لان قسمتها افراز فلا تقال واذا اقيلت وخلطت تكون الاموال مشتركة بين الشركاء بسبب الشركة الجديدة لا بسبب الاشتراك الأول (رد المختار) « مجلة مادة ١٠٦٠ » اي بسبب الخلط الجديد .

مادة ١١٦٠ [اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة فتنسخ وتقسم تكراراً

قسمة عادلة] .

اي ان ظهور الغبن الفاحش في القسمة بنوعها يجعلها مستحقة الفسخ بالطلب ولا يبطلها وقد قال بعض الفقهاء ببطلان القسمة بمجرد وجود الغبن الفاحش فيها وانها لا تحتاج الى طلب اذا كانت قضائية لان فعل الحاكم مشروط بالمصلحة .

و يثبت الغبن الفاحش بالاقرار فاذا اقر به عموم الشركاء فتنسخت القسمة واذا اقر به بعضهم

وانكر البعض الآخر وحلفوا اليمين تجمع حصة المدعي والمقرين وتقسم بينهم . ويثبت أيضاً بالنكول
فاذا نكل جميع المتقاسمين عن الحلف تنقض القسمة واذا حلف بعضهم ونكل الآخرون تجمع
حصة الناكلين والمدعي فقط وتقسم بينهم وبين المدعي . وتسمع أيضاً دعوى الغلط ودعوى
الحدود ودعوى غصب الحصة بعد التسليم كما مر ذلك بشرح المادة ١١٢٧ .

مادة ١١٦١ الدين مقدم على الارث بناءً عليه [اذا ظهر دين على الميت بعد
تقسيم التركة فتفسخ القسمة الا اذا ادى الورثة الدين او ابرأهم الدائنون منه او ترك
الميت مالا سوى المقسوم في دينه فعند ذلك لا تفسخ القسمة]

ولا فرق بين ان تكون تركة المتوفي مستغرقة بالدين او غير مستغرقة لان ظهور الدين
يمنع حقوق الملك في التركة للورثة وهذا شرط لنفاذ القسمة « راجع المادة ١١١٥ »
وكذا نفسح القسمة بظهور وصية او موصى له وبظهور وارث آخر . فاذا اقر الورثة بالدين
او بالوصية قبل القسمة يفرز من المال الموروث ويقسم الباقي بينهم اما اقرار الورثة بأن مورثهم
كان كفيل كفالة درك فلا يؤخر انقصة لان الرجوع بمقتضى الكفالة عليهم توهم ولا فرق
بين ان يكون الدين لأجنبي او لوارث اما دين الاجنبي ينقض القسمة ودين الوارث لا ينقضها
للتناقض الحاصل منه بمباشرته القسمة . اما الوصية فاذا كانت بمبلغ معلوم ودفعها الورثة فلا
تفسخ قسمتهم واذا تمنعوا عن دفعها او كانت الوصية بحصة شائعة تفسخ القسمة حيث
يكون حق الموصى له معلقاً بنفس التركة المقسومة .

وكذا ظهور الوارث الآخر يفسخ القسمة وليس للورثة ان يطلبوا تثبيت القسمة واعطاء
الوارث الآخر مالا لم يدخل في القسمة بدون رضائه واذا كان هذا الوارث معلوماً عند
القسمة وافرزت حصته بقسمة القضاء فله اخذها عند عودته وليس له طلب فسخ القسمة
وقضها « مادة ١١٢٩ »

ولا فرق بين ان تكون تركة المتوفي مستغرقة بالدين او غير مستغرقة لان ظهور الدين يمنع
خلوص الملك في التركة للورثة وهذا شرط لنفاذ القسمة « راجع المادة ١١١٥ »

* الفصل الثامن *

(في بيان احكام القسمة)

مادة ١١٦٢ [كل واحد من اصحاب الحصص يملك حصته مستقلاً بعد القسمة لا علاقة لواحد] على الاكثر | في حصة الآخر بعد وكل واحد يتصرف في حصته كيفما شاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث فلو قسمت دار بين اثنين فأصاب حصة احدهم البناء وحصة الآخر العرصة الخالية يفعل بعرضته ما يشاء من حفر الآبار والسياق والبناء الابنية واعلائها الى حيث شاء لا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سد عليه الهواء او الشمس]

قلنا في هذه المادة انه لا يبقى لواحد على الاكثر علاقة في حصة الآخر لان الشركاء يمكنهم ان يتركوا بعضاً حق مرور او حق شرب او حق مسبل في حصص بعضهم كما سيأتي بيانه في المادة ١١٦٦

مادة ١١٦٣ [تدخل الاشجار في قسمة الاراضي] كما تدخل في البيع من غير ذكر » مادة ٢٣٢ [وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الغيضة يعني في اي حصة وجدت الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة ولا حاجة الى ادخالها بالتعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها او بالتصريح بذكرها]

وهذا الحكم منحصر بالاشجار القائمة اما الاشجار المقطوعة فلا تدخل في القسمة واذا قسمت الاراضي لا يجوز للمتقاسمين ان يدعوا ملكية الاشجار القائمة عليها لانها تابعة لها اما اذا تقاسموا الاشجار والابنية فيمكنهم الادعاء بملكية الارض لأن كثيراً ما تكون الأشجار القائمة في الارض مشتركة والارض ملك احد الشركاء . وكذا كثيراً ما يكون الثمر الى زيد والشجر الى عمرو (رد المحتار) .

مادة ١١٦٤ [الزراع والفاكهة لا يدخلان في تقسيم الاراضى والغيضة الا بصريح الذكر فإن لم يذكر ا ببقيا مشتركين كما كنا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر] وكذا الدرع واثر اذا كان مجموعاً ومقطوعاً لا يدخل في القسمة (هنديه) لان الدرع واثر لا يتصل بالارض على الدوام .

مادة ١١٦٥ [حق الطريق والمسيل في الاراضى المجاورة للمقسم داخل في القسمة على كل حال يعني في اي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة ام لم يقل] مثلاً اذا افترت دار ذات براني وجواني فللبراني باب من الطريق العام وللجواني باب من عرصه زيد المجاورة للدار المذكورة وله طريق منها فأعطى البراني لشريك والجواني للشريك الآخر فيكون الطريق المذكور عائداً لصاحب الدار الجوانية ولا علاقة لصاحب الدار البرانية به اصلاً .

مادة ١١٦٦ [اذا شرط حين القسمة كون طريق الحصة او مسيلها في الحصة الاخرى فللشرط معتبر] سواء كان تحويل الطريق والمسيل من مكانه ممكنًا او غير ممكن لأن الشرط يراعى بقدر الامكان وكذا يجوز اعطاء طريق واحد لعموم المتقاسمين «راجع شرح المادة ١١٤٣»

مادة ١١٦٧ [اذا كان طريق حصة في حصة اخرى ولم يشترط ابقاؤه حين القسمة فإن كان قابل التحويل الى طرف آخر يحول سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها ام لم يقل] لان القصد من القسمة هو قطع علاقة حصص الشركاء من بعضها لان الشريك لا يستحق طريقاً في مقسم شريكه الا اذا كان لا يمكنه ابتعاد طريق آخر ويراعى الشرط اذا اشترط بقاء طريق احدي الحصص في الحصص الاخرى .

[اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى طرف آخر فينظر ان قيل حين

القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبقى على حاله وان لم يذكر التعبير العام كقولها بجميع حقوقها [ينظر فاذا كان الشريك الذي لا طريق له كان غير عالم بذلك [تفسخ القسمة] واذا كان عالماً بذلك وقبل القسمة يكون قد رضي بحصته معيبة ولا تفسخ القسمة لان القسمة هي الاستفادة من ملكية الرقبة وهذا حاصل بدون طريق [والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه] .

مادة ١١٦٨ [دار مشتركة بين اثنين وفيها طريق لصاحب دار اخرى فأراد قسمتها فليس لصاحب الطريق ممانعتها] لانه لا يملك شيئاً في دارهما المشتركة بينهما [لكنهما يتركان طريقه على حاله حين القسمة وفي بيع هذه الدار المشتركة مع طريقها ايضاً باتفاق الثلاثة] اي صاحبي الدار والشريك بالطريق [ان كان هذا الطريق مشتركاً بينهم فثمنه ايضاً يقسم اثلاثاً بينهم وان كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حصته هكذا تقوم العرصه مع حق المرور خالية عنه فالفضل بين القيمين لصاحب حق المرور والباقي لصاحب الدار والمسيل ايضاً كالطريق يعنى اذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة ففي قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله]

اما قسمة ثمن الطريق اذا كان مشتركاً بينهم تكون بنظر حصه كل منهم اذا كانت معلومة والا على عدد رؤوس المتقاسمين ووجه الفقرة الاولى ان صاحب المرور ليس له مع مالكها شركة شيوع حتى يشترط رضاه في نفاذ الافراز او المحل الثابت له حق المرور فيه معين او ممكن التعيين باتفاق المالكين .

١١٦٩ [اذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر منها فأراد صاحب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم منها لكن] اذا كان للمنزل

طريق معلوم يتركوه له وإذا كان لا طريق معلوم له [يتركون له طريقاً بقدر عرض باب المنزل] الخارجي [حين القسمة] وإذا كانت المنازل متعددة فيترك لكل منزل طريق إذا كان معلوماً وإذا كان لا طريق معلوم له وكانت المنازل بجهة واحدة يترك لها طريقاً بعرض أوسع باب منزل منها وإذا كان كل منزل بجهة ولا يمكن التوصل له من طريق واحد يترك لكل واحد طريق وكذلك الارتفاع فإنه يقدر بقدر ارتفاع باب المنزل عن سطح الأرض.

مادة ١١٧٠ [دار قسمت بين اثنين] أو بين أكثر من اثنين [وبين المقسمين] أو المقاسم [حائط مشترك عليه رؤس جذوع إلى أحد المقسمين] أو إلى أحد المقاسم ورؤسها الأخرى على حائط آخر فأن شرط رفعها حين القسمة ترفع والأفلا ترفع وكذلك حائط بين مقسمين لصاحب حصه عليه جذوع لأصاحب الحصه الأخرى تقاسم على كونها ملكاً له حكمها على هذا الوجه.

وكذا دار قسمت بين اثنين وفي إحدى مقسميها نافذة تطل على مقر لساء صاحب المقسم الآخر فأن شرط سدّها حين القسمة تسد والأفلا.

مادة ١١٧١ [اغصان الأشجار الواقعة في قسم إذا كانت مدلاة على القسم الآخر فإن لم يكن شرط قطعها حين القسمة لا تقطع] لأنها قسمت على هذا الوجه.

مادة ١١٧٢ [إذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من أصحاب الحصص أن يفتح كوةً وباباً إلى ذلك الطريق وليس لساير أصحاب الطريق منعه]

وقد اختلف العلماء بأحداث الباب في الطريق الخاص من أصحاب حق الطريق فمنهم من قال أن لأصاحب الحائط فتح الأبواب في حائطه كيفما شاء لأن له هدم حائطه متى شاء ومنهم من قال أن له فتح الأبواب والنوافذ قبل بابه لجهة أول الطريق وليس له فتح باب في الطريق

الخاص بعد بابه لجهة آخر الطريق الخاص لانه ليس له حق المرور في الاصل فيما يلي باب داره
اما المجلة فقد وردت مطلقة ويفهم من اطلاقها انها اختارت القول الاول .

مادة ١١٧٣ [اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل
للقسمة بدون اذن] او بأذن [الآخرين] فلهم طلب رفع هذا البناء وكذا اذا [طلب
الآخر التسمية فتقسم فإن اصاب ذلك البناء حصه بانيه فيها وان اصاب حصه
الآخر فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعها] وكذلك الحكم في الشجر .

❖ الفصل التاسع ❖

(ا في بيان المهاينة)

ان المجلة بعد ان بحثت عن قسمة الاعيان بحثت عن قسمة الاعراض والمنافع في بابها هذا وسمته مهاينة .
المهاينة ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى (لما شرب ولكم شرب يوم معلوم) وبالسنة وهو اعطاء الرسول
عليه الصلاة والسلام يوم بدر الى كل ثلاثة من الصحابة بغير واحد ليركبوه مناوبة . وبأجماع الأمة
لكنها مخالفة للقياس لانها مبادلة منفعة بمنفعة مثلها ومن جنسها فالقياس عدم تجويزها كما مر
ذلك بشرح المادة ٤٦٣ .

شرطها : امكان الانتفاع من العين مع بقائها .

حكما : ان تكون بعضا افراز وبعضا مبادلة .

تجري المهاينة بين اصحاب الرقبة وتجري بعضا بين المتصرفين في منافع الرقبة كمستحق
الوقف المشروط للسكنى فلهم المهاينة بأذن الناظر اذا كانت دار الوقف لا تكفي لسكنائهم
(ا بهجه) . وفي التفتيح استأجرا مأجورا واختلفا بسكنائهم لعدم مساعدته لسكنائهما فلها المهاينة
رضاء ولها فسخها بلا عذر . وفي كشف الستور للمرحوم محمود افندي الحزاوي مفتي دمشق
الاسبق ما خلاصته (ورد في التاتارخانية ان مهاينة المستأجر ين صحبة لكنها غير لازمة ولما

كانت قسمة المنافع جبراً تصح في المواضع التي تقسم فيها الاعيان جبراً فيجب قبول طلب احد المستأجرين تقسيم المنفعة جبراً انتهى) * وكذا تجري المهاينة بين المالك والمستأجر في العقار الواحد فإذا أجر احد الشريكين جميع العقار المشترك واستحق الشريك حصته واستردها وكانت الدار لا تكفي لسكنى المالك والمستأجر بتهايؤا عليها .

مادة ١١٧٤ [المهاينة عبارة عن قسمة المنافع]

فهي لا اجارة ولا عارية كما قال بعض الفقهاء لأن اجارة المنفعة بمقابل المنفعة غير صحيح والعارية عقد غير لازم وقد شرعت لتعذر اجتماع المالكين على الانتفاع في الوقت الواحد بالملك المشترك مع عدم قابليته لأبقاء منافع مستقلة بدون افراز مكاني او زماني على نسبة الحصص وليس كل مملوك تمكن قسمة عينه وليس كل ما تمكن قسمة عينه تتوفر المصلحة على قسمته بشهادة الحس والحوادث اليومية .

مادة ١١٧٥ [المهاينة لا تجري في التملكيات بل في التقييمات التي ينتفع بها حال بقاء عينها] وتجري في المثلي الذي ينتفع به حال بقاء عينه « راجع المادة ١١١٩ »

مادة ١١٧٦ [المهاينة نوعان النوع الاول المهاينة زماناً] كالمهاينة في الدابة الواحدة [كما لو تهايا اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة وهذا سنة اخرى وعلى السكنى في الدار مناوبة هذا سنة وهذا سنة - النوع الثاني المهاينة مكاناً كما لو تهايا اثنان في الاراضي المشتركة بينهما على ان يزرع احد نصفها والاخر نصفها الآخر او في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما في طرفها والاخر في طرفها الآخر او احدهما في فوقانيها والاخر في تحتانيها او في الدارين المشتركين على ان يسكن احدهما الواحدة الآخر والاخرى]

المهاينة المكنية اعدل لأن الشركاء ينتفعوا في وقت واحد والمهاينة الزمانية اكل لأن كل شريك ينتفع فيها بكامل الملك واذا اختلف الشركاء حيث طلب بعضهم المهاينة المكنية

وطلب الآخرون المهايئة الزمانية يجبروا على اجراء المهايئة الزمانية والمدة ترجع لرأي الحاكم .
كما افتي بذلك المرحوم محمود افندي الحمزاوي مفتي دمشق .

مادة ١١٧٧ [كما تجوز المهايئة في الحيوان المشترك على استعماله بالمناوبة كذلك يجوز ايضاً في الحيواناتين المشتركين على ان يستعمل احدهما هذا والآخر الاخر] .
عند الامامين اما الامام الاعظم فقد قال يجريانها رضاء لا قضاء لأن الركوب يختلف باختلاف الراكبين . وفي الهندية لا يجوز استغلال الحيوان بعد المهايئة لان الاستغلال يوهن قوته خلافاً للعقار . وفي رد المحتار تجوز المهايئة باستغلال الحيوان اذا كان اكثر من واحد للتساوي . واذا تلف الحيوان في يد الشريك اثناء نوبته لا يضمن منه شيئاً (هنديه) .
وفي رد المحتار تجوز المهايئة بالشوبين عند الامامين ولا تجوز عند الامام لأن المنفعة في الثوب تختلف باختلاف المستعملين ويفهم من هذه المادة انها اخذت بقول الامامين بالمهايئة وبقول الأمام بالاستغلال ولو اخذت بقولها بالأمرين لكان ايسر الدفع الحاجة .

مادة ١١٧٨ [المهايئة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة احد اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته وبهذه الجهة تكون المهايئة زماناً بحكم الاجارة بناءً على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايئة مثلاً كذا يوماً وكذا شهراً لازم]

مادة ١١٧٩ [المهايئة مكاناً نوع افراز فالشريك في دار مثلاً منفعتها شائعة يعني حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهايئة تجمع منفعة احدهما في قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر في قطعة اخرى فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايئة مكاناً] ولكل من الشريكين ايجار حصته لشريكه ولغيره لان المنفعة المستوفاة من الحجر مساوية لما يستوفي من الحجر الآخر من المنافع .

مادة ١١٨٠ [كما انه ينبغي اجراء القرعة في المهايئة زماناً لاجل البدأ يعني

اي اصحاب الحصص ينتفع اولاً كذلك في المهاينة مكاناً ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً .

مادة ١١٨١ [اذا طلب المهاينة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر فإن كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهاينة جبرية وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر مثلاً . داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهاينة على ان يسكن احدهما والاخرى للاخراو حيوانان على ان يستعمل احدهما واحداً والاخر الآخر وامتنع شريكه فالمهاينة جبرية اما لو طلب احدهما المهاينة على سكنى الدار وللآخر ايجار الحمام او على سكنى احدهما في الدار وزراعة آخر الاراضي فالمهاينة بالتراضي وان تكن جائزة الا انه اذا امتنع الآخر فلا يجبر عليها] قياساً على قسمة متحد الجنس ومختلفه .

مادة ١١٨٢ [اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة والاخر المهاينة فتقبل دعوى القسمة ولو لم يطلب القسمة احدهما وطلب المهاينة واحد وامتنع الآخر يجبر على المهاينة] .

مادة ١١٨٣ [اذا طلب المهاينة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الاخر فيجبر على المهاينة] .

مادة ١١٨٤ [كل ما تنتفع العامة بأجرته من العقارات المشتركة كالسفينة والطاحون والقهوة والحمام يؤجر لأربابه وتقسم أجرته بين اصحاب الحصص على قدر حصتهم وان امتنع احد اصحاب الحصص عن الأيجار يجبر على المهاينة لكن اذا زادت غلتها اي اجرتها في نوبة احدهم فتقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص]

مادة ١١٨٥ [كما يجوز لكل واحد من ارباب الحصص بعد المهايئة زماناً ومكاناً أن يستعمل العقار المشترك في نوبته او القطعة التي اصابته حصته بالذات يجوز له ان يؤجر ذلك لآخر ويأخذ الاجرة لنفسه] .
وكذلك الحكم في العقارات المتعددة لان المنافع الحاصلة بعد المهايئة تحصل في نوبة صاحبها لا في نوبة الشريك .

مادة ١١٨٦ [بعد أن حصلت المهايئة على استيفاء المنافع اذا أجز أصحاب الحصص في نوبتهم وكانت غلة احدى في نوبته اكثر فليس لبقية الشركاء مشاركة في الزيادة اما اذا كانت على الاستغلال من اول الأمر مثلاً اذا تهاياوا على اخذ واحد جهة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فالزيادة مشتركة لكن اذا حصلت المهايئة على ان يأخذ الواحد غلة هذه الدار والآخر غلة الدار الأخرى وكانت غلة احدى الدارين اكثر فلا يشاركه الآخر]

وجه الفقرة الاولى ان المنافع حقوق معنوية لا توصف في حد ذاتها بالزيادة والنقص والزيادة العارضة قد حصلت في بدل مقابل المنفعة على طريقة التجارة بمهارة العاقد والبدل مال جديد غير ما وقع التهاياؤ عليه .

ووجه الفقرة الثانية ان المهايئة وقعت على البدل الذي هو مال مادي تعرض له الزيادة والنقص فتتوقف المعادلة على قسمتها .

مادة ١١٨٧ [لا تجوز المهايئة على الاعيان فلا تصح المهايئة على ثمره الأشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها على ان يكون لاحد الشريكين ثمره مقدار من هذه الاشجار والآخر ثمره مقدار منها او على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للآخر] .

ولاجل التمكن من ذلك يبيع احد الشريكين حصته في العين المشتركة سنة لشريكه فينتفع بها كلياً ثم يشتري كامل العين منه فينتفع بها سنة اخرى .

مادة ١١٨٨ [وان جاز فسخ المهاينة الحاصلة بالتراضي لاحد الشريكين] قبل ان يستفيد من المهاينة [لكن اذا اجر احدهما في نوبته لاخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهاينة ما لم تنقض مدة الاجارة]

مادة ١١٨٩ [وان لم يحز لاحد من ارباب الحصص ان يفسخ المهاينة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي] .

مادة ١١٩٠ اذا اراد احد اصحاب الحصص ان يبيع حصة او يقسمها فله فسخ المهاينة [الواقعة بحكم الحاكم] اما لو اراد فسخها ليعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يساعده على ذلك [اما المهاينة الرضائية فتفسخ بعذر وبدونه] .

مادة ١١٩١ [لا تبطل المهاينة بموت احد اصحاب الحصص او كلهم]

وذلك لاننا اذا اعتبرناها بيعاً فتبدل المالك لا يؤثر على تمامه وان اعتبرناها اقراراً فالحاجة التي اوجبت اجراءها بحق المورث باقية بحق الوارث واذا جوز فسخها فتستأنف بعين السبب ولا فائدة من الفسخ .

لاحقه : ان قانون تقسيم الاموال المشتركة الغير المنقولة اوجب على الحاكم ان يقسم العقار المشترك بين الشريكين اذا كان قابلاً للتقسمة او يبيعه بالمزاد العلني وتقسم ثمنه بين الشريكين بطلب احدهم اذا كان غير قابل للتقسمة ولهذا فان المهاينة في العقار اصبحت منسوخة .

❖ الباب الثالث ❖

« في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران »

(ويشتمل على اربعة فصول)

❖ الفصل الاول ❖

(في بيان بعض قواعد في احكام الاملاك)

مادة ١١٩٢ [كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستغلال]
لذلك فالمالك له ان يبيع ملكه وان يؤجره ويرثه ويهبه ويعيره ويهدمه ويعمره وكذلك الحكم بالعقار المتصرف فيه بطريق الاجارتين وفي الأراضي الأميرية يتحتم على المتصرف بها اذا باع الكروم الملك القائمة فيها الى احد ان يفرغ عن مشد مسكته في الارض الى مشتري الكروم دون سواء وليس له ايضاً ان يبيع الاجانب الغير مأذنين بالشراء اصحاب البروتوقول .^(١)

اما اذا كان تصرف المالك مضرّاً بغيره يمنع كتصرف الراهن في المرهون به بدون اذن المرتهن وكذا المؤجر ليس له التصرف في المأجور بدون اذن المستأجر .

[مثلاً سفل ملك لواحد وفوقانيه لآخر فلصاحب فوقاني حق القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في فوقاني يعني بتستير من الشمس وبتحفظه من المطر فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضرّاً الا بأذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه] .

(١) اي البروتوقول المدرج في الجلد الاول من الدستور القديم وهو الذي اعطى بعض الأجانب حق التصرف في العقارات في البلاد العثمانية دون البعض الآخرين ما عدا البلاد الحجازية . وهذا البروتوقول اصبح منسوخ الحكم في زماننا .

مادة ١١٩٣ [اذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الجادة واحداً فصاحبها المولين يستعملان الباب مشتركاً ولا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الدخول والخروج] وكذا اذا اشترى احد بيتاً من منزل لا يمنع من الدخول الى بيته من باب المنزل . وكذا اذا كان الرجل مشتركاً مع اخته في دار ين مدخلها واحد فليس له منع زوجها من الدخول بداعي انه اجنبي عليه .

مادة ١١٩٤ [كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه وما تحته ايضا يعني يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والعلو كما يشاء وسائر التصرفات كحفر ارضها واتخاذها مخزناً وينشئها كما يشاء عمقاً او يجعلها بئراً]

العقار بقعة من الارض المحدود بمحدود اربع باعتبار سطحها من غير انتهاء لحد من جهات السفلى والعلو وكل من حاز بقعة من الارض على هذا الوجه يعتبر مالكا لها ولا يكون لغيره ولاية اخراجه من يده بدون سبب شرعي .

مادة ١١٩٥ [من احدث في داره بيتاً فليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره فان ابرزه يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار]
اما اذا كان قديماً لا يقطع (فتاوى علي افندي شرح المادة ٦) .

مادة ١١٩٦ [من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره او بستانه فللجار ان يكلفه تفرغ هوائه بالربط او القطع] وليس له ان يقطعها بذاته بدون امر صاحبها او اذن الحاكم واذا قطعها ينظر فإذا كان القطع من الموقع الواجب القطع منه بأذن الحاكم او بدونه لعدم وجود حاكم في المدينة يرجع على صاحب الشجرة بمصرف القطع واذا وجد الحاكم في المدينة ولم يراجعه وقطع الشجرة من الموضع الذي يجب قطعه لا يرجع على جاره بمصرف القطع واذا قطعها من الموقع الغير جائز قطعه يضمن قيمتها .

[لكن اذا ادعى الجاران ظل الشجرة مضر بمذروعات بستانه فلا تقطع الشجرة] .

مادة ١١٩٧ [لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني] .

لذلك اذا اراد صاحب العرصة ان يبني طاحوناً في عرصته لا يجوز لجاره منعه بداعي انه يورث الكساد على طاحونه .

وكذا ليس لاصحاب المنازل ان يمنعوا مستأجر الدكان المجاورة لمنازلهم من استئجارها بداعي ان زبائنه يرون نساءهم وهن خارجات من بيوتهن . وكذا اذا اراد احد حفر بئر في ارضه فليس لجاره منعه بداعي ان بئر يقلل الماء على بئر القديم .

✽ الفصل الثاني ✽

(في حق المعاملات الجوارية)

مادة ١١٩٨ [كل واحد له التعلي على حائطه الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً] . لذلك فلصاحب الحائط ان يرفع حائطه مهما اراد وان يفتح فيه من الكوات ما شاء وليس لجاره ان يمنعه ولا ان يصالحه على مال لابقاء تلك الكوات واذا تصالحا على مال فالصالح باطل ولجاره رفع جدار امام تلك الكوات الحادثة وليس له منعه (فتح القدير) . وكذا اذا كانت مياه دار احد تسقط من القديم على سقف جاره واراد هذا الجار رفع سقفه والركوب عليه فله ذلك بشرط ان لا يجعل خلافاً في انصباب مياه دار جاره القديمة .

مادة ١١٩٩ D الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية

المقصودة من البناء كالسكنى او يضر بالبناء او يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه [تبحث هذه المادة عن ثلاثة مسائل الاولى منها ما يوهن البناء كاحداث جورة جانب حائط الجار لوضع الاوساخ وترسب المياه فيها وحدث الوهن في بناء الجار بسببها ودق الثياب في

الدكان دقاً شديداً يوهن البناء وترشح الماء من الخرق الذي فتح في ملك صاحبه الى جدار جاره لكن اذا لم يتقدم المتضرر الى جاره ويطلب منه الكف عن هذا التعدي وتهدمت جدرانه فليس له تضمين جاره لانه متسبب غير متعمد وغير متعد . والثانية التسبب لانهادام البناء مكن وضع في ملكه جانب حائط جاره تراباً واحجاراً كثيرة وتخرب حائط جاره بهذا السبب يضمه وكذا اذا اتخذ رجل احدى غرف داره اصطبلًا ووضع فيها دوابه وتهدم حائط جاره بسببه ينظر فإذا كانت رؤس الدواب لجهة الحائط لا يضمه واذا كانت ارجلها لجهة الحائط يضمه والثالثة وهي ما تمنع الاحتياجات الاصلية المقصودة من البناء كجعل خلل بدوران الطاحون وقطع هوائها واضرار المصلين في الجامع وفساد ماء بئر الجار .

مادة ١٢٠٠ [يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن بالبناء او باحداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيته من الدخان ورائحة المعصرة فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأي وجه كان]

وكذا لو اتخذ الجار في اتصال دار جاره مطبخاً او حماماً وكان دخانه يضر ضرراً شديداً بجاره او اتخذ مسلخاً جانب الجامع وصار يضر بالمصلين ضرراً فاحشاً او اتخذ الدباجة في داره وصار يضر بجواره متمادياً او ربط دواباً في بنائه العلوي وصار يضر بصاحب البناء السفلي يمنع .

[وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهراً الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار او اتخذ احد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع ضرره كما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسد مهب ريحه فإنه يكلفه رفعه للضرر الفاحش . كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمعة الجار ضرراً فاحشاً فإنه يكلفه رفع ضرره وكذلك اذا كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره

من جري مائه ضرراً فاحشاً فبناءً على دعواه يلزم تعمير ذلك السياق واصلاحه [مادة ١٢٠١] منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش فإذا احدث رجل بناءً فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله ان يكلفه رفعه للضرر الفاحش ولا يقال بأن الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب وان كان لهذا المحل شبا كان فسد احدهما بأحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً] .

يفهم من هذه المسألة بأن الضرر لا يزال الا اذا كان فاحشاً ولا يقال بأن الحديث العالي امر بأزالة الضرر مطلقاً لانه حديث عام الا ترى ان الانسان اذا عمل بداره طعاماً وكان جيرانه فقراء يشمون الرائحة ويشتهون لا يمنع صاحب الطعام من اعماله لانه حر بالتصرف في داره . واعلم بأن النظارة ليست من الحوائج الاصلية فسدّها لا تكون من الضرر الفاحش اما الشمس والهواء اذا حجبت تماماً تكون مخلة بالمنافع ومؤثرة على الصنعة وحبذا لو اخذت به المحلّة .

مادة ١٢٠٢ [رؤية المحل الذي هو مقر للنساء كضمن الدار والمطبخ والبئر

تعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق او الفاصل بينهما طريقاً فانه يؤمر برفع الضرر ويصير ذلك الرجل مجبوراً على رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طيلة لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية كما اذا عمل سائراً من الاغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فانه يؤمر لسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حائط محله راجع المادة ٢٢]

لان الامكنة المعدة للأشغال البيتية تحتاج فيها النساء لاطلاع عليه من اعضاء الجسم فتكون النوافذ المطلة على تلك الاماكن من الضرر الفاحش .

مادة ١٢٠٣ [اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجارة ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلماً وينظر الى مقر نساء ذلك الجار راجع مادة ٧٤]
 لان التوهم الذي لا يستند الى دليل ظني راجع في الدلالة على وقوع مدلوله لا يبنى عليه حكم نظير ما قالوه في الخارج من الدار الذي يحمل سكيناً ملطخة بالدم لا يجازي بجريمة قتل المقتول الذي وجد في تلك الدار لا مكان فرار القاتل من فوق الحائط واخذ الخارج السكين ليسلمها للقوة الاجرائية .

مادة ١٢٠٤ [لا تعد الجينة مقراً للنساء فإذا كان لرجل دار لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس له ان يكلفه منع نظارته من تلك الجينة بمجرد خروج نسائه في بعض الاحيان اليها]
 لان الجينة ليست محلاً للأعمال التي تضطر فيها النساء لظهار مالا يجوز لغير المحارم نظره والتستر داخل الجينة لا يمنع الفوائد المقصودة منها .
 واذا انشأ في الجينة داراً وجعلها مقراً لنسائه فليس له منع نوافذ جاره لان بنائه حادث ونوافذ جاره قديمة .

مادة ١٢٠٥ [اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جينة وفي صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اعطاء النساء الخبر لاجل التستر فإن لم يخبر يمتنع الحاكم من الصعود بلا اخبار] .

مادة ١٢٠٦ [اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما كأن يرى من الحصة التي اصابتهما احدهما مقر نساء الآخر يؤمران باتخاذ سترة مشتركة بينهما] .

مادة ١٢٠٧ [رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وحدث عنده بناءً فإن كان هذا المحدث متضرراً فعليه رفع الضرر مثلاً اذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدث ان يدفع

هو مضرته وليس له صلاحية ان يدعي على صاحب الدار القديمة . كما لو احدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدار كان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحداد . وكذا اذا احدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً ان غبار البيدر ينجي على داري] .

اي ان الضرر الفاحش الواجب ازالته يجب ان يكون معتبراً وقت الأحداث في الحال بصرف النظر عما يمكن ان يحدث في مثله في المستقبل فالدار المشرفة نوافذها على البستان لا يحصل من الاشراف ضرر على صاحب البستان في الحال ولا يقال بأن صاحب البستان ربما احدث داراً في بستانه فتطل نوافذ جاره على مقر نساءه .

مادة ١٢٠٨ [اذا كانت شبايك منزل قديم مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً وبعده اعاد صاحب المنزل منزله على وصفه القديم فصارت شبايكه مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثه فصاحب هذه الدار هو يرفع المضرة عنه وليس له ان يقول لصاحب المنزل امنع نظر منزلك]
 مادة ١٢٠٩ [اذا احدث شخص شبايك في داره يمنع اشرافها على مقر نساء جاره بناءً مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا البناء المرتفع] او تهدم البناء [وصارت الشبايك مشرفة على مقر نساء الجار فليس له ان يقول للشخص سد الشبايك بمجرد كون الشبايك محدثة بل يلزم الجار ان يدفع هو مضرته] .

وكذا اذا هدم الجدار الفاصل بين منزلين وصارت نوافذ كلا منهما قطل على الآخر فأذا كانت ارض الجدار الفاصل بين المنزلين قابلة للقسمه تقسم ويجب على المتضرر ان يبني حائطاً في مقسمه وليس له اجبار صاحب المنزل الآخر على البناء اما اذا كانت ارض الجدار لا تقبل القسمه فيجب على الجار على تعمير الجدار مشتركاً مع جاره (خانيه) .

مادة ١٢١٠ [احد شريكي الحائط] المشترك [ليس له ان يعليه ولا ان يركب عليه بقصر ولا يغيره بدون اذن الآخر سواء كان ما يفعله مضرًا بالآخر او لا] .
 واذا كانت الحائط ذو طاقين وهدمه احد اصحابه من جهته واخذ سماكته وترك لجاره الطاق الثاني ينظر فاذا كانا مقرين بشركتهما بالحائطين يجبر المتجاوز على الحائط لأرجاعه الى ما كان عليه واذا كانا متفقين على اختصاص كل منهما بحائط دون الآخر فلكل منهما التصرف في حائطه كيفما شاء .

[لكن اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله ان يضع رؤس جذوعه لكن ان وضع عشر اخشاب كان لشريكه ايضاً حق ان يضع قدرها . وانما يضع نصف ما يتحمل الحائط من الاخشاب وليس له ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحائط ركوب لهما على التساوي و اراد احدهما ان يزيد في اخشابه فللاخر منعه] .
 واذا كان الحائط مشتركاً وكان لأحد الشريكين جذوعاً عليه من القديم فالشريك الآخر وضع جذوع بعدد جذوع شريكه عليه اذا كان متحملاً والا فلا لأن الحائط يعمر لاجل وضع الجذوع والركوب عليه .

مادة ١٢١١ [ليس لأحد الشريكين في الحائط المشترك ان يحول محل اخشابه التي على الحائط يمينا او شمالاً ولا من اسفل الى اعلى اما اذا كانت رؤس اخشابه عالية و اراد تسفيلها فله ذلك] .

واذا كانت اخشابه ليست على مستوي واحد فله رفع الواطي منها الى حذاء العالي اذا كان رفعه لا يضر بالحائط والا فلا . اما اذا اراد تنزيل الاخشاب العالية الى مساحة ارتفاع الجذوع الواطية فله ذلك لأن تركيب الجذوع على الحائط في الاسفل انفع الى الحائط .

مادة ١٢١٢ [اذا كان لشخص بئر ماء حلو و اراد جاره ان يبني في قربه كنيفاً او سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فأن ضرره يدفع وان كان ضرره

لا يقبل الدفع بوجه فذلك الكنيف او السياق يردم . كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبني آخر عنده سياقاً مالحاً وقدره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره الا بالردم فإنه يردم]

❖ الفصل الثالث ❖

(في الطريق)

مادة ١٢١٣ [اذا كان على طرفي الطريق] العام [لأحد داران فأراد انشاء جسر من واحدة الى اخرى يمنع] وكذلك يمنع من احداث الشرفة والقاء ماء المالح على الطريق العام ولكل من المارة منعه لان الطريق العام هو لأجل مرور سائر الناس فليس لاحد التجاوز عليه ولا يشترط ان يكون طالب المنع غير متجاوز على الطريق في الأصل ولا يقال بأن المتجاوز اسقط حقه من طلب منع غيره بتجاوزه وكذا وضع الفروش والبسطات من الباعة في الطرق العامة متفرع من هذه المادة اي يمنع قبل الوضع ولا يرفع بعد الوضع الا اذا كان مضرراً [ولا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر على المارين] عند محمد وليس لاحد المارة ان يصالح المتجاوز على تجاوزه على الطريق لانه لم يكن ذا حق شخصي ليصالح عليه . ويفهم من هذه المادة ان المتجاوز يدفع ولا يمنع لانه لا يهدم بعد الانشاء اشد ضرراً من التصرف في حق العامة بوجه غير مضر بهم وقال ابو حنيفة اسكل واحد من العامة صلاحية منع الانشاء وملاحية طلب الهدم بعد الانشاء وحجته ان التصرف في حق الغير بغير رضاه بنقض ولو لم يحدث ضرراً بالغير .

[اكن لا يكون لأحد حق القرار في البروز على الطريق العام فإذا تهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المرسوم فأراد صاحبه اعادته يمنع] .

واذا كان الجسر مبنياً على الطريق الخاص وهدم فلصاحبه اعادته اذا كان قديماً والا فلا .
 مادة ١٢١٤ [ترفع الاشياء المضرة للمارين ضرراً فاحشاً ولو قديمة كالأغرفة
 والبروز على الطريق العام الواظنين]

اي ما يكون دائماً منها حيث يشغل ما تحتاج اليه المارة من الهواء وقت المرور فيكون
 تصرفاً في حقوقهم مع حاجتهم اليها والمسئلة مقيدة بما لم يشغل جميع هواء الطريق لانت الغرفة
 والبروز الذين يشغلان جميع هواء الطريق يرفعان ولو كانا عاليان .

مادة ١٢١٥ [اذا اراد احد وضع الطين في الطريق لاجل تعمير داره فله
 وضعه في طرف منه وصرفه سريعاً الى بذائه بشرط عدم ضرر المارين] .
 ولا فرق في ذلك بين الطريق الخاص والطريق العام والطريق النافذ وغير النافذ خصوصاً
 في زماننا واحتياج الناس لذلك حاجة ضرورية تماثل حق المرور وليس لصاحب الدار اشغال جميع
 الطريق بطينه لان الضرورات تقدر بقدرها .

مادة ١٢١٦ [لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان
 ويلحق بالطريق اكن لا يؤخذ من يده مالم يؤدى له الثمن راجع مادتي ٢٥١
 و ٢٦٢] . راجع ايضاً قانون الاستملاك القديم وقانون الاستملاك الجديد وتعديلاته .
 ويشترط في الاستملاك على الاطلاق وجود المنفعة العامة والضرورة وهذا الفرع معروف بين
 الفقهاء في الاخذ من المسجد بقيد (اذا ضاق) .

مادة ١٢١٧ [يجوز ان يأخذ شخص فضلة الطريق العام] من جانب
 الميري ثمن مثلها ويلحقها بداره حال عدم المضرة للمارين]

لأن ما يكون من الطريق غير محتاج اليه للمرور فتمنه لبيت المال خير منه .
 اما الطريق الخاص فهو ملك اصحابه فلا يدخل تحت حكم ولي الامر ولا تحت حكم اصحابه
 لانه ليس لهم استعماله بغير ما وضع له سواء كان عملهم مضرراً او غير مضر .

مادة ١١١٨ [يجوز لكل احد ان يفتح باباً مجدداً الى الطريق العام] ولا يحتاج بذلك الى استئذان العامة لتعذر الاستئذان منهم.

مادة ١٢١٩ [لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص ان يفتح اليه باباً] لأن فتح الباب دليل على نية المرور ولأن فتح الباب في الطريق الخاص، وجب للملكية صاحب الباب حصة في الطريق بغير حق شرعي وموجب ايضاً للأداء بالشفعة بسبب حق الطريق لمن ليس له حق في الأصل وتقدمه على الجار الملاصق وهذا لا يجوز.

مادة ١٢٢٠ [الطريق الخاص هو كالمملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور فلا يجوز لأحد من اصحاب الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئاً سواً كان مضرراً او غير مضر الا بأذن سائر اصحابه]

لان الطريق الخاص من جملة السكنى فيجري فيه ما يجري بالسكنى وليس لأحد ان يستوفي منفعة لا يستحقها منه.

وفي فتاوى علي افندي ليس لأحد اصحاب الطريق الخاص غير النافذ ولا الغير اصحابه ان يهدم جانباً من داره ويوصل الطريق الخاص بالطريق العام بدون رضاء اصحابه.

ويجوز لاحد الشركاء ان يبني جسراً عالياً بين داريه الواقعين في الطريق الخاص بأذن جميع الشركاء الموجودين حين الأذن وبعده ولهم الرجوع في اذنهم وابطاحتهم متى شاؤوا وليس لأحدهم بيع قسم من الطريق الخاص ولو بأذن الباقيين لأن ذلك يعد استقلالاً بالملك المشترك في غير مواضع الضرورة فلا بد لذلك من صريح الأذن.

مادة ١٢٢١ [ليس لاحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل ميزاب داره التي بناها مجدداً الى ذلك الطريق الا بأذن سائر اصحابه]

سواء كان الميزاب مضرراً او غير مضر لان اصل الدار المحدثه عرصة ولاحق للعرصة في الاسالة مع باقي الشركاء في الطريق. اما اذا كانت داره قديمة وهدمت او حرقوا واراد اعادتها الى شكلها القديم فلا يمنع.

مادة ١٢٢٢ [إذا سد احد بابيه الذى هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره لسده اياه فيجوز له ولمن اشترى منه ان يفتحه ثانياً] .

واذا اراد فتح بابيه القديم في الطريق الخاص وانكر عليه اصحاب الطريق حقه فله اثباته بالبينة واذا عجز عنها يخلف اصحاب الطريق واحداً بعد واحد ما عدى الصغير ومتولى الوقف ومتى حلف احدهم امتنع تحليف الباقيين لعدم وجود فائدة من تحليفهم لأن الشريك الذي حلف له وحده منع المدعي من فتح الباب (تنقيح) .

مادة ١٢٢٣ [للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الأزدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه ولو اتفقوا ولا يسوغ لهم ان يقسموه بينهم ولا يجوز ان يسدوا فيه] ولو كان هذا الطريق لشخص واحد وهذا خلافاً لما ورد في المادة ١١٤٣ من المجلة لان الطريق الخاص المبحوث عنه بتلك المادة هو الطريق الذي افرزه اصحابه من عرصتهم وعمرها بباقيها دوراً فلهم التصرف فيه كيفما شاؤوا وارادوا -

✽ الفصل الرابع ✽

(في بيان المرور والمجرى والمسيل)

مادة ١٢٢٤ [يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل يعني تترك هذه الاشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله على حكم المادة ٦ ولا يعتبر الى ان يقوم الدليل على خلافه] لغلبة الظن بالمسلمين اما اذا ثبت حدوثه يعتبر حادثاً واذا ثبت قدمه وحدوثه ببرهانين يرجح الحدوث « مجلة ١٧٦٨ » بناءً عليه اذا كان لدكان موقوفة طريق من ارض عرصة موقوفة فليس لصاحب العرصة منع صاحب الدكان من المرور في طريقه القديم (خيره) . وكذلك الحكم بالطريق

الواقع في عرصة مملوكة الى دكان مملوكة يعتبر قديماً ما لم يثبت حدوثه . وفي الفتاوي الجديدة اذا كانت مياه دار احد تمر من القديم في الطريق العام بيواري رصاصية فليس لأصحاب الطريق منعه منها . وفي الفيضية اذا كانت مياه دار احد تمر بطريق ماء جاره ودمنته من القديم فليس له منعه . وكذا الحكم بالمسيل فلو كانت ماء مالح دار احد يجري من عرصة جاره منذ القديم فليس له بعد ذلك منعه . وكذا النهر يعتبر في ملك الذي يصب ماؤه في ارضه لا في ملك من مر من ارضه واذا اختلف اثنان على ملكية النهر وكان ماراً بأرض احدهما ويصب بأرض الآخر فذا كانت الماء جارياً وقت الاختلاف فالقول قول الذي يصب الماء في ارضه والبينة للآخر واذا كان الماء غير جار وقت النزاع ينظر فإذا كان المدعي يدعي ملكية رقبة النهر يكلف لاثبات دعواه واذا كان يدعي حق اسالة الماء يكلف لاثبات ما يدعيه فقط واذا عجز عن الاثبات يحلف صاحب الارض الا اذا كانت المياه جارية عند الدعوي فالقول قول المدعي ايضاً . اما وجود الخرق في ارض المدعي لا يكفي لاثبات ملكيته للماء .

[اما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل فلا اعتبار له وان كان قديماً ويزال اذا كان فيه ضرر فاحش «راجع مادة ٢٧» مثلاً اذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه]

لأن القدم وهو الذي لا يقف ابناء الجيل الحاضر على سبب ثبوته ليس من الحجج المثبتة وانما يصلح حجة لابقاء مثل هذه الحقوق على حالها القديم الى ظهور دليل بخلافه سواء من جهة اصولها او من جهة مقادير الخصاص فيها بين الشركاء .

مادة ١٢٢٥ [اذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب

العرصة ان يمنعه من المرور والعبور] .

ولا بد للوقوف على هذه المادة من معرفة امرين هما حق المرور وملكية رقبة الطريق فإذا اثبت صاحب المرور حصته برقبة الطريق ومروره منه بالبينة حكم له بالامرين ولا تكفي الشهادة

على مجرد مروره من الطريق لأن الشهادة على اليد المنقضة لا تقبل (عند الطرفين) أما إذا اقر له صاحب العرصة بمروره منها يعمل بأقراره ولا يجعل باب المدعي الموجود في عرصة المدعي عليه سبباً كافياً للحكم بحق مروره .

مادة ١٢٢٦ [للمبيع صلاحية ان يرجع عن اباحته والضرر لا يكون لازماً بالأذن والرضى فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة أخرى ومضى فيها بمجرد اذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك ان يمنعه من المرور ان شاء]

وكذا اذا اجاز الجار لجاره وضع رؤس جذوعه على جداره فله بعد ذلك ولمشترى هذه الدار منه الرجوع عن هذه الاباحة ورفع الجذوع .

مادة ١٢٧٥ [اذا كان لواحد حق المرور] بدون ملكية رقبة الطريق [في ممر معين في عرصة آخر فأحدث صاحب العرصة بناءً على هذا الممر بأذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة » راجع المادة ٥١ «

وكذا اذا قال ابطأت واسقطت حق من المرور يسقط . وكذا اسقاط حق المسيل وحق المجرى ينطبق على حكم هذه المادة اما اذا كان صاحب المرور مالكاً لرقبة الطريق فلا يسقط حقه بمجرد الاسقاط ولاً بالاباحة بالتعمير وله حق الرجوع عن اباحته كما مر في المادة السابقة . وكذا من احيا ارضاً مواتاً بأذن السلطان بشروطها الشرعية وتركها فلا يسقط حقه بتركها . وكذا اذا ترك ارضه المملوكة مدةً بدون زراعة لا تخرج من ملكه واذا استعملها غيره لا يثبت له حق احيائها .

وكذا اذا كان احد مالكا لرقبة الطريق او لرقبة المسيل الموجود في ملك الآخر وعمر هذا الآخر على الطريق والمسيل بناءً بأذن صاحبه فيكون ذلك اما اجارة واما عارية ولا يخرج عن حكمهما » راجع المادتين ٥٣١ و ٨٣١ « .

مادة ١٢٣٨ [اذا كان لواحد جدول او سياق ماء في عرصة آخر] اوفي ملك وقف

[جاريًا من القديم فليس لصاحب العرصة] أو الجهة الوقف [منعه قائلًا له لا ادعه يجري فيما بعد وعند احتياجهما الى الإصلاح والتعمير يدخل صاحبها في المجري والجدول ويعمرهما ان امكن واذا لم يمكن امر التعمير الا بالدخول في العرصة فصاحبها يأذن له بالدخول فأن لم يأذن يجبر من طرف الحاكم اي بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة واما ان تعمّر انت] وكذا اذا عمر صاحب العرصة ابنية في عرصته لا يمكنه ان يتجاوز الجداول والسياقات القديمة الموجودة فيها ولا ان يغير شكلها القديم .

مادة ١٢٢٩ [لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم والى الآن فليس للجار منعه قائلًا لا ادعه يسيل بعد ذلك] .

وكذلك رجل يملك داراً عامرة وداراً خربة يلقي المياه والثلج من القديم في الدار الخربة آخر ببق القديم على قدمه ما لم يكن القاء ماء المطر والمسيل والثلج حادثاً .

مادة ١٢٣٠ [دور في طريق لها ميازيب من القديم منصبة على ذلك الطريق ومنه تمتد الى عرصة واقعة في اسفله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم فأن سد يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد الى وضعه القديم]

مادة ١٢٣١ [ليس لأحد ان يجري مسيل محله المحدث الى دار آخر] .

مادة ١٢٣٢ [حق مسيل لسياق مالخ في دار ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منع جريه بل ببق كما في السابق] .

مادة ١٢٣٣ [اذا امتلأ السياق الجاري بحق في دار آخر او انشق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب السياق على دفع هذا الضرر] . وكذا النهر الجاري في دار آخر اذا انشق وحصل منه ضرر فاحش يرفع .

❖ الباب الرابع ❖

(في بيان شركة المباحة)

« ويشتمل على سبعة فصول »

❖ الفصل الاول ❖

(في بيان الاشياء المباحة وغير المباحة)

مادة ١٢٣٤ [الماء والكلاً والنار] واثمار اشجار الجبال غير المملوكة والصيد مباحة
[والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء]

هذه المادة مأخوذة من الحديث الشريف القائل بأن (المسلمون شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاً) وقد اقتصر في هذه المادة على هذه الاشياء الثلاثة تبركاً بالحديث والا فأن المباحات هي أكثر مما ورد في هذه المادة ولا فرق بين المسلم وغير المسلم فيها والحديث وان يكن ورد خطاباً للمسلمين فلا يقال بأنه لا يشمل غيرهم .

والدليل العقلي على الشركة في هذه ان افراد الانسان متكافئون ومتساوون واغوى وسائل حياة الانسان هذه الاصول الثلاثة اما الماء فانه اصل عام في حياة سائر الاجسام والكلاً حياة الحيوان والنار لطبخ كافة الاغذية الانسانية والحيوانية ودفئ وضياء في الليل فمال يسبق اليه حوز من احد فهو باق على اصل الشركة وما احرز يكون ملكاً لمن احرزه ويورث عنه على نحو الاملاك الخاصة وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصته منه بالسعي والعمل والعاطل والمعطل عنه يكون مظلوماً من نفسه لا من باقي الشركاء لأن العمل هو وظيفة الحياة .

ثم ان الماء ينقسم الى اربعة اقسام : الاول الماء الجاري والثاني مياه الوديان كنهر سيحون فالناس مشتركون في حق الشفعة والشرب من هذه المياه والثالث المياه الداخلة في المقاسم كنهر دمشق فالجميع الناس حق الشفة منها وليس لهم حق الشرب : والرابع المياه المحرزة في الاواني كما سيأتي تفصيل ذلك كله .

مادة ١٢٣٥ [الماء الجاري تحت الارض ليس بملك لأحد]

لان ذلك هو الماء الذي سلكه الله تعالى ينابيع في الارض لمنفعة كافة الناس بنص الكتاب . وفي التنوير اذا حفر احد في ملكه بئراً مجاوراً الى بئر جاره المحفور في ارضه وجذب هذا البئر ماء البئر القديم فليس لصاحب البئر القديم طلب منعه انتهى . ولا يقال بأن الانسان ليس له ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرّاً بالغير لان الضرر الفاحش يزال ولأن المياه الجارية تحت الارض ليست بملك احد .

مادة ١٢٣٦ [الآبار التي ليست منبوشة بسعي شخص مخصوص وعمله بل

هي من القديم لانتفاع كل وارد فهي من الاشياء المباحة والمشاركة بين الناس] اما الآبار المنبوشة بسعي احد معين وعمله سواء كانت في ارضه المملوكة او في الارض الموات فهي ملك من حفرها « راجع المادة ١٢٥١ » .

مادة ١٢٣٧ [البحر والبرك الكبيرة] والصغيرة [مباحة] فلكل انسان الانتفاع

منها الا اذا اسال احد لأرضه ماء وجعله بحيرة محرزة فتكون ملكه دون الناس .

مادة ١٢٣٨ [ما ليس مملوكاً من الأنهار العامة التي لم تدخل في المقاسم يعني

في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات والطونة والطونجة]

ولكل انسان حق الشرب في هذه الانهار ما لم يضر بغيره ولكل انسان حق الشفة سواء اضر بغيره ام لم يضر اما في البحر فلكل انسان التصرف ولو اضر بغيره .

مادة ١٢٣٩ [الأنهار المملوكة يعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروح

هي نوعان النوع الاول الأنهر التي ماؤها يتفرق ويقسم بين الشركاء لكن لا يحى

جميعه في اراضي هؤلاء بل له بقية لا تجري الى المفازل التي تباح للعامة فالأنهر التي

من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لها نهر عام ايضاً والشفعة لا تجري فيها .

النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة

والى انتهائه الى آخر اراضيهم] يحى [ولا ينفذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع]

ويوجد فرق آخر بين هذه الانهر وهو ان القسم الاول لا يجبر اصحابها على كرها والقسم الثاني يجبرون على كرها وتعزيلها .

مادة ١٢٤٠ [النهر اذا جاء بطين الى ارض احد فهو ملكه ولا يسوغ لاحد ان يتعرض له] . مهما كان مقدار هذا الطين حتى ولو كان ذراعاً اما الماء اذا جاء بأشجار مباحة ووضعها في ارض احد فلكل من الناس اخذها لانها مباحة في الاصل اما الطين فإنه بأستقراره في الارض يصير من اجزائها .

مادة ١٢٤١ [كما ان الكلاء النابت في الاراضي التي لا صاحب لها مباح كذلك الكلاء النابت في ملك شخص بلا تعاطي سببه ايضاً مباح اما اذا تعاطى ذلك الشخص سببه كما اذا سقى ارضه وجعل لها خندقاً او اعدّها وهياًها بوجه ما لأجل الانبات فالنباتات الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها شيئاً فإن اخذ واستهلك يكون ضامناً] لأن الكسب ملك الكاسب والزرع ملك الزارع ولو كان في ارض مغصوبة « مادة ١٢٤٦ » . وينقسم الكلاء الى ثلاثة اقسام الاول ما يثبت في ارض غير مملوكة لاحد فهذا مباح والثاني ما يكون في ارض مملوكة نابتاً بنفسه وهذا مباح غير ان لصاحب الملك منع من اراد الدخول لأخذ الكلاء الى ملكه وعند حاجة الناس يخير صاحب الملك بين اعطاء الاذن لدخول الناس واخذه وبين اعطائهم ما يكفي لسد حاجتهم منه والثالث ما استنتجه صاحب الارض بعمله وسعيه فهو ملك صاحبه .

مادة ١٢٤٢ [الكلاء هو النبات الذي لا ساق له] والذي ينسب على وجه الارض [فلا يشمل الشجر . والفطر ايضاً في حكم الكلاء] اما الحشيش والشوك فهو بحكم الشجر فالكلاء الفطر النابت بأرض احد واكل الناس اخذه اما الحشيش والشوك والشجر فليس لغير صاحب الارض اخذه ولو كان نابتاً بدون فعل احد .

مادة ١٢٤٣ [الأشجار التي تنبت بلا غرس في الجبال المباحة يعني غير المملوكة مباحة] لأنها لم تكن في ملك احد .

مادة ١٢٤٤ [الأشجار النابتة بلا غرس] او بغرس [في ملك احد هي ملكه ليس لأحد ان يحتطب منها الا بأذنه فأن يفعل] بعدها عيناً اذا كانت موجودة واذا كانت هالكة [يكن ضامناً] قيمتها

مادة ١٢٤٥ [اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخلف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضاً تكون له]

اما اصل الشجرة اذا كانت ملكه بغرسه او نابتة بدون غرس في ارضه او ثابتة بغرسه في الجبال تكون له والا لا واذا كانت الشجرة مشتركة بينه وبين آخر في ارضها المشتركة وطعمها يكون الطعم له والأصل مشترك وللشريك طلب قسمة الارض فإذا خرجت في مقسم صاحب الطعم كانت له واذا طعم الاشجار النابتة في ارض غيره او الأشجار المملوكة لأهل قرية يملك ثمر الطعم دون الأصل .

مادة ١٢٤٦ [من بذر لنفسه] في ارضه او في ارض مغضوبة [فأنواع حاصلات البذر له لا يتعرض له من طرف احد] ولو كان البذر مغضوباً ايضاً . وفي الولو الجيه بذر ارضاً وباعها قبل ان تنبت وسلمها الى المشتري ثم نبت البذر فالمحصول له دون المشتري .

مادة ١٢٤٧ [الصيد مباح] سواء وقع في ارض الصياد او في المفاظات او الحلات العامة انما الصيد يجب ان لا يضر بالغير وان لا يكون للتلهي وان لا يتخذ الصياد حرفة وصنعة له .

وذلك لان الطير مباح وكذا الطي في الفلاة قال تعالى (فأذا أحللتهم فأصطادوا) وقال صلى الله عليه وسلم (اذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنه انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك) والاجماع معتقد على ذلك .

❖ الفصل الثاني ❖

(في بيان كيفية استملاك الاشياء المباحة)

مادة ١٢٤٨ [اسباب التملك ثلاثة الاول : الناقل من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة او الهدية والصدقة والذم والمال المغصوب بعد تغيير اسمه] والثاني كون واحد خلف الآخر كالأرث والثالث احراز شيء مباح لا مالك له وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ما واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اثناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لأجل الصيد .

فالسبب الاول والثاني وجدا بعد تراحم الناس على المباحات فأصبح التوصل الى الملك اما بالخلافة ميراثاً واما بالنقل اشتراءً وانتهاءً واما الثالث فهو اقدم اسباب الملك وجوداً والسبب الرئيسي الذي تفرع عنه ما عداه والحصر في الثلاثة استقرائي لا عقلي .

مادة ١٢٤٩ [كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكا له مستقلاً مثلاً لو اخذ واحد من نهر ماء بيده او بوعاء كالعلبة فبأحراره وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية ان ينتفع منه] وله بيعه وهبته واذا مات يورث عنه [واذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه فيكون ضامناً]

لان من يحرز المباح يكون قد اخذ حصته منه فيملكها وليس لغيره سلب ملكه منه .

مادة ١٢٥٠ [كون الأحرار مقروناً بالقصد لازم فلو وضع شخص وعاءً في محل بقصد اخذ ماء المطر فماء المطر المجتمع في ذلك الاناء ملكه كذلك الماء المجتمع في الحوض والصهر يجع المبنين لاجل جمع الماء ملك صاحبه اما لو وضع

شخص اناً في محل بغير قصد فماء المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لشخص غيره ان يملكه بالأخذ راجع ماده ٢]

معناه ان الأحراز لا يتم بالفعل الحسي ولا بد من انضمام القصد والنية وذلك لان المباح كثيراً ما يوجد في ارض مملوكة او في وعاء مملوك على وجه الصدفة بدون عمل من المالك وعند ذلك لا تتحقق حقيقة الاحراز التي هي علة الملك .

مادة ١٢٥١ [يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر الذي ينز مافيه من الماء لا يكون ماءً محرزاً فلو اخذ شخص من الماء المجتمع في هكذابئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه الضمان]

لأن الماء الجاري بلا انقطاع انما يستمد قوته مما تحت الارض من المياه وهذا غير مملوك واذا قيل بأن عمارة البئر سعي وعمل يستحق به العامل ملك ذلك الماء نقول ان هذا الماء الجاري حيث لا نهاية في الحس لأجزائه فلا يمكن ان يستوعبه ويحيط به الأحراز الذي هو علة الملك في المباح ولأن كثيراً من المسافرين لا يقدرّون على اخذ جميع ما يحتاجونه من الماء ويتضررون للاستقاء من مياه الآبار في طرقهم فليس لأصحابها منعهم من اخذ مائها وليس لهم منعهم ايضاً من اخذ جميع ما فيها من المياه .

[وكذلك الماء المتتابع الورد يعني ان ماء الحوض الذي بقدر ما يجري اليه الماء من طرف يخرج من طرفه الآخر بقدره غير محرز] . وكذا ماء النهر المختص بشخص معلوم غير محرز فإذا اخذ احد الماء جميعه وسقى فيه ارضه لا يضمن .

مادة ١٢٥٢ [يحرز الكلاء بجمعه وحصده وتجريزه] . لا بجمعه وحصده فقط خلافاً للاشجار المباحة الوارد ذكرها في المادة الآتية .

مادة ١٢٥٣ [يسوغ الأحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكل احد كائناً

من كان وبمجرد الاحتطاب يعني بجمعها يصير مالكاً لها والربط ليس بشرط [فأذا أخذت بعد الاحتطاب واستهلاكك يضمنها الآخذ .

❖ الفصل الثالث ❖

(في بيان احكام الاشياء المباحة العمومية)

مادة ١٢٥٤ [يجوز لكل احد الانتفاع بالمباح لكنه مشروط بعدم الضرر للعامة] لذلك يحق لكل انسان ان يحتطب الأشجار الموجودة في الجبال العامة واخذ ثمارها وليس لاحد منعه ويجوز لكل انسان ان يحش الكلاء النبات في الارض المملوكة واطعامها لحيواناته الا اذا منعه صاحب الارض من الدخول لأرضه واسكن الانسان استئجار اجير ليجمع له حطباً من الجبال العامة او يصطاد له منها وله اضرار النار فيها ولكل الناس الانتفاع من نور هذه النار وحرارتها .

مادة ١٢٥٥ [قبل اخذ الشيء المباح وحراره ليس لاحد منع آخر منه] .
لأن الشيء الموجود في مكان اباحته لم يثبت بعد عليه يد اختصاص لاحد فكل من يأخذه وهو في هذه الحالة او تصل اليه يده يكون قد حاز عليه .

مادة ١٢٥٦ [لكل احد ان يعلف حيوانه من الكلاء النبات في المحل الذي لا صاحب له ويأخذ منه ويجرز قدر ما يريد] .

اي ان تملك المباح يكون بطريق استهلاك عينه في محل وجوده بدون حيازة ونقل الى موضع يختص بالمنفعة وقد يكون بنقله الى مكان حوزته لاجل الانتفاع به في اي وقت .

مادة ١٢٥٧ [اذا جمع شخص الكلاء النبات في ملك شخص بدون تسببه وان

يكن مباحاً فلصاحبه منع الغير من الدخول في ملكه [الا اذا كان لا كلاء في غير تلك القطعة فيؤمر حينئذ صاحبها بالسماح للغير بالدخول واحراز الكلاء او يجمعه بنفسه و تسليمه (هندية) .

مادة ١٢٥٨ [اذا جمع شخص اخطاباً من الجبال المباحة وتركها فيها فجاء غيره واخذها فلذلك الشخص ان يستردها منه) اذا كان قد جمعها بنفسه ليأخذها اما لو شفاها وتركها فلكل من الناس اخذها .

ماده ١٢٥٩ (لكل احد كائناً من كان ان يقطف فاكهة الاشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها) .

ماده ١٢٦٠ (اذا استأجر شخص اجيراً لاجل جمع الاحطاب المنكسرة او امساك الصيد [المعين والمعلوم] فما جمعه الأجير من الحطب او امسكه من الصيد فهو للمستأجر) .

اي اذا استأجر احد آخر ليحطب له مدة معلومة من الزمن بأجر معلوم فالأجرة صحيحة لانها وقعت على منفعة من مقاصد العقلاء والحطب والصيد للمستأجر وللأجير ما يسمى من الأجر حتى لو حاول الاجير الصيد والاحتطاب بوسائله المعتادة ولم يظفر بشئ يستحق بانتهاء المدة الاجرة المسماة واذا استؤجر الأجير لاحتطاب حطب غير معلوم فالأجرة فاسدة . وفي الهندية لو استأجره للصيد بدون تعيين مدة فالأجرة فاسدة ووجه فسادها انها عند عدم ذكر المدة تقع على العمل ومثل هذا العمل غير منضبط والمنفعة المقصودة منه غير متحققة الحصول .

اما الوكالة فأنها لا تجرى في المباحات لأن الوكيل يجب ان يوكل بعمل لا يقدر على القيام به بنفسه والمباح لكل الناس فلا يقع فيه التوكيل .

مادة ١٢٦١ [اذا اوقد شخص ناراً في ملكه فله ان يمنع غيره من الدخول في ملكه والارتفاع بها اما اذا اوقد شخص ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس

ان ينتفع بها وان يدفأ بها وان يخطط شيئاً في ضيائها وان يشعل قنديله [منها وليس له ان يأخذ منها الا قطعة صغيرة لا يمكن ان تصير خمة . (تنوير) .] وليس لصاحب النار منعه لكن بدون اذن صاحبها ليس له ان يأخذ منها حجراً [لان الحجر اما فحم واما حطب وهذا مال محرز ولا يقال ان صاحب الارض يجبر على اعطاء النار لطالب التدفأ ولا ادخاله لأرضه كما مر بيانه في الماء والكلاء لأن النار محرزة فلا نقاس بالأخذ على غيرها .

✽ الفصل الرابع ✽

(في بيان حق الشرب والشفة)

مادة ١٢٦٢ [الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع] والشرب في اللغة والشرع هو النصيب من الماء قال تعالى (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) .
مادة ١٢٦٣ [حق الشفة حق شرب الماء] ويشمل الوضوء والطبخ والاغتسال وغسل الثياب وهو اخص من حق الشرب لأن حق الشفة مختص بالأنسان وحق الشرب شامل للأنسان والحيوان .

مادة ١١٦٤ [كما ينتفع كل احد بالهواء والضياء يسوغ له ان ينتفع ايضاً بالبحور والبرك] الكبيرة سواء كان هذا التصرف مضرراً بالغير ام لم يكن وقد جاءت هذه المادة مطلقة بحق التصرف في ذلك دون تقييد بوجود الضرر وعدم وجوده خلافاً للمادة ١٢٦٥ المتضمنة الانتفاع من الأنهار فأنها قيدته بشرط عدم الاضرار .

مادة ١٢٦٥ [لكل احد ان يسقي ارضه من الانهر التي ليست مملوكة وله ان يشق جدولاً لسقي الاراضي وانشاء الطاحون لكن عدم المضرة للعامة شرط فاذا

فاض الماء واضر بالخلق او قطع الماء بالكلية او منع سير الفلك فإنه يمنع . وكذا يمنع اذا قل الماء بأستعماله بصورة فاحشة .

مادة ١٢٦٦ [للإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز] .

مادة ١١٦٧ [الأنهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لأصحابها وللعمامة فيها حق الشفة فقط فلا يسوغ لأحد ان يسقي اراضيها من نهر مخصوص بجماعة او جدوا، او قناة او بئر بلا اذنهم لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله ايضاً ان يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات ان لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات وكذلك له اخذ الماء منها الى جنيته وداره بالجرة والبرميل] .

لانه يثبت للإنسان والحيوان في ملك الغير ضرورة حفظ الحياة من الهلاك اما اسقاء الاراضي وماشائها من طرق الثراء والتحول فلا يملكه الانسان في ملك غيره .

مادة ١٢٦٨ [يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورد سواء كان حوضاً او بئراً او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول في ملكه لكن اذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فيجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطالب او اعطائه اترخصة بالدخول لاخذ الماء وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء] . وله القتال بالسلاح والدخول لاخذ الماء اذا خاف على نفسه او على دابته الهلاك من العطش [لكن بشرط السلامة يعني ان عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض او البئر او النهر] . واذا كانت الارض ارض موات لا يمنع الداخل من الدخول لاستعمال حق الشفة من البئر المحفور بها لأن الخراج والعشر في الموات يعطى لأجل حق احياء الموات ليس الا فلا يغير الحقوق الواجب استيفائها من تلك الارض (هندية) . وفي رد المختار اذا كان الماء محرراً فللعطشان حق الشفة منه اذا كان الماء كثيراً يكفي لشرب اثنين والا فلا .

مادة ١٢٦٩ [ليس لأحد الشركاء في النهر المشترك ان يشق منه نهراً اي جدولاً الا بأذن الآخرين وليس له ان يبدل نوبته القديمة وليس له ان يسوق الماء في نوبته الى ارض له اخرى لا شرب لها من ذلك النهر ولو رضي اصحاب الحصص بهذه الاشياء فلهم انفسهم او لورثتهم الرجوع بعده] لانها اباحة والمبيع يرجع في اباحته وكذا ليس لاحد الشركاء ان يعير نوبته الى غيره خوف ادعاء ذلك الغير بحق شرب له في الماء المعار .

✽ الفصل الخامس ✽

(في احياء الموات)

مادة ١٢٧٠ [الاراضي الموات هي الاراضي التي ليست ملكاً لأحد] في دار الاسلام ولا وفقاً [ولا هي مرعى ولا محتطبالقصة او قرية وهي بعيدة عن اقصى العمران يعني ان جهير الصوت لو صاح في اقصى الدور التي في طرف تلك القصة او القرية لا يسمع منها صوته] وتقدر هذه المسافة بميل ونصف او بمسافة نصف ساعة .
فلما الاراضي التي ليست بملك احد في دار الاسلام والقصد من ذلك هو الاراضي التي لم تكن ملكاً لاحد منذ فتحت الاسلام البلاد والا تبقى لصاحبها مسلماً كان او ذمياً فلا تكون مواتاً ولا يجوز الانتفاع منها ولا من ترابها واذا كانت مملوكة وتوفي مالكيها عن غير وارث تعود لبيت المال ولا تكون مواتاً . وكذا الحكم في الاراضي الاميرية واما الاراضي الموقوفة فلا تكون مواتاً اصلاً . وكذا الحكم بالأراضي الاميرية الجاري التصرف بها وبعري القرى والفصبات ومحتطبها ومقبرتها فلا تكون مواتاً اصلاً .

مادة ١٢٧١ [الأراضي القريبة من العمران تترك للأهالي - مرعى ومحتصدأ ومحتطباً ويقال لها الأراضي المتروكة]

مادة ١٢٧٢ [اذا احبى شخص] من التبعة مسلماً كان او غير مسلم [ارضاً من الأراضى الموات بالاذن السلطاني] عند الامام الاعظم [صار مالكاً لها واذا اذن السلطان او وكيله لشخص بأحياء ارض على ان لا يكون مملوكاً بل لمجرد الانتفاع] كما هو الحال في الاراضي الاميرية [فذلك الشخص يتصرف بتلك الأرض كما اذن له لكن لا يكون مالكاً لتلك الارض] اما الامان فأنهما لم يريا لزوماً للأذن . واعلم بأن الاصل في الاراضي التي فتحها المسلمون ان تكون ملك العموم اي ملك بيت المال ولذا لا بد من الاذن السلطاني بأحيائها فمن احيائها بدون الاذن السلطاني عمداً او تهاوناً تسترد منه واذا ترك الاذن جهلاً منه نترك له .

وكذا الحكم في قانون الاراضي فإن من يحبى مواتاً بدون اذن تعطى له بطابو المثل واذا احيائها بالاذن من السلطان او من وكيله تكون له وليس لاحد التجاوز عليها . واعلم بأن اشتراط الاذن هو مذهب ابي حنيفة وقال صاحبه بأنه ليس بشرط .

ماده - ١٢٧٣ [فلو احبى شخص مقداراً من الاراضي وترك باقيها فما احياء يكون ملكاً له وباقيه لبس له] عند محمد [لكن اذا بقي في وسط الاراضي التي احيائها محل خال فذلك المحل يكون له ايضاً] لعدم امكان المرور والتوصل الى هذا المحل وذلك خلافاً لابي يوسف لأنه افنى بتملك جميع الأرض لمن احبى اكثر من نصفها لأن الاكثر يحكم الكل .

مادة ١٢٧ [اذا احبى شخص ارضاً من الاراضي الموات وبعده جاء آخرون واحبوا الاراضي التي في اطرافها الاربعة فيتعين طريق ذلك الشخص في الاراضي التي احيائها المحبى اخيراً يعني يكون طريق الشخص منها] لأنه بسكوته يكون رضي بأن يكون طريقه في آخر ارض جرى احيائها اما لو وقع احياء جميع الاراضي الواقعة بأطراف القطعة الاربعة من واحد فيكون المحبى الاول بالخيار بالمرور من اية ارض شاء .

مادة ١٢٧٥ [كما ان البذر والنصب احياء للأرض كذلك الحرث والسقي او شق جدول لأجل السقي] ورفع الدك دائر الارض وحفر البئر الى ان يظهر فيه ماء وبناء المسناة لردماء السيل في اطراف الأرض كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة الآتية [ايضاً احياء] عند ابي يوسف اي ان الاحياء يقع بأحدى التسعة احوال المذكورة ولا يشترط اجتماعها او اجتماع اكثر من واحد منها خلافاً لرواية محمد بن الحسن فإنه ورد فيها ان لا بد من اجتماع الكرى مع السقي والواحد منها لا يعد احياء .

مادة ١٢٧٦ [اذا بنى شخص جداراً في اطراف ارض من الأراضي الموات او بنى مسناةٍ بقدر ما تحفظها من ماء السيل فيكون قد احيى تلك الارض] .

وقد اتفق الجميع على ان البناء وحده كاف في الاحياء بحيث لا يحتاج الى شيء آخر اذا كان محيطاً بالارض .

مادة ١٢٧٧ [وضع الاحجار او الشوك او اغصان الاشجار اليابسة محيطة بجوانب الأراضي الاربعة او تنقية الحشيش منها او احراق الشوك او حفر البئر بدون ان تخرج المياه فيه] ليس بأحياء لكنه تحجير .

لأن هذه الاشياء لا تجعل الارض صالحة للزراعة ولا تمنع المارين من المرور منها وكذلك حفر ذراع فيها من البئر لا يكون احياء بل تحجيراً اما حفر البئر واخراج الماء منه احياء لا تحجير .

مادة ١٢٧٨ [اذا حصد شخص ما في الأراضي الموات من الحشيش او الشوك ووضعها في اطرافها ووضع عليه التراب بوجه مانع لوصول ماء السيل اليها ولم يتم مسناتها فلا يكون احيى تلك الارض ولكن يكون حجرها] .

مادة ١٢٨٩ [اذا حجر شخص محلاً من الأراضي الموات فيكون احق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين فإذا لم يحيه الى ثلاث سنين لا يبقى له حق ويجوز

ان يعطى لغيره على ان يحياه [وعن عمر رضي الله عنه (ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق) وعمل الصحابي فيما لا نص فيه حجة عند الحنفية ووجهه ان الأرض يتحقق اهلها بالتترك ثلاث سنين لأن السنة الاولى تمر في اعدادها لقبول الذراعة والثانية تترك فيها للراحة والثالثة يتحقق فيها التترك وكذلك الحكم في الاراضي الاميرية .

مادة ١٢٨٠ [من حفر بئراً في الاراضي الموات بأذن السلطان فهو ملكه]
وملك ايضاً اربعين ذراعاً بأطراف البئر الاربعة اما اذا حفره بدون اذن السلطان يكون محتجراً لا احياء .

❀ الفصل السادس ❀

(في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والاشجار المغروسة)
(بالأذن السلطاني في الاراضي الموات)

مادة ١٢٨١ [حريم البئر يعني حقوقه من جهاته من كل طرف اربعون ذراعاً]
ولا فرق بين ان تكون بئراً للناضح وهي التي يسقي منها بواسطة الابل او للعطن وهي التي يسقي منها بواسطة اليد لقوله عليه الصلاة والسلام (من حفر بئراً فله من حولها اربعون ذراعاً) وسبب ذلك هو ان الحافر يستحق ذلك حفظاً لحقه المكتسب في الحفر للاحتفاظ بتعبه وعمله خصوصاً فيما كان رخواً من الاراضي وهذا قول ابي حنيفة وقال صاحباه حريم العطن اربعون ذراعاً وحريم الناضح ستون استدلالاً بمجديث صرح بالتقسيم على هذا الوجه .
وفي رد المحتار اذا حفر احد بئراً بعد اربعين ذراعاً وجذب ماء البئر الاول فلصاحب البئر الاول منعه الا ان المجلة لم تعتبر هذه الاقوال وجعلت حداً معيناً لحريم البئر . اما الذراع فهو ستة قصبات وكل قصبه اربعة اصابع . وهذا الحكم منحصراً بالآبار المحفورة في الاراضي الموات اما الآبار المحفورة في الاراضي المملوكة فلا حريم لها ولكل من اصحاب الاراضي المجاورة حفر بئر كيفما شاء واين ما شاء .

مادة ١٢٨٢ [حريم نبع الأعين يعني الماء المستخرج من الأرض الجاري على وجهها من كل طرف خمسمائة ذراع]

لقوله عليه الصلاة والسلام (حريم العين خمسمائة ذراع) لأن الأعين تستخرج لسقاية الأراضي ولذا قد عين لها حرماً أكبر من حرم الآبار أما الشافعي والمالكي فقد تركا تعيين الحرم للعرف والعادة .

مادة ١٢٨٣ (حريم النهر الكبير) المحفور في الأراضي الموات [الذي لا يحتاج إلى الكرى كل وقت من كل طرف مقدار نصفه فيكون مقدار حريمه من الجانبين مساوياً لعرضه] عند أبي يوسف وهو القول المفتى به لأن صاحب النهر يحتاج إلى كرىه وأصلحه وهذا يحتاج إلى المرور والعبور من جوانبه لتعذر المرور في وسط الماء في كل الأوقات خلافاً لمحمد فإنه قال بلزوم اعتبار الحريم مساوياً لعرض النهر في كل من جانبيه وخلافاً للأمام الأعظم حيث قال بعدم لزوم إعطاء الأنهر حريماً لأن حريم البئر والعين ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

مادة ١٢٨٣ (حريم النهر الصغير المحتاج إلى الكرى يعني الجداول والقني تحت الأرض على مقدار ما يلزمها من الحقل لأجل طرح الأحجار والطين عند كرىها) لأن ثبوت الملك في هذه الجداول يحتاج إلى ثبوته فيما هو من ضرورات إمكان الانتفاع بها .

مادة ١٢٨٥ (حريم القناة الجارية ماؤها على وجه الأرض كالعين من كل طرف خمسمائة ذراع)

مادة ١٢٨٦ (حريم الآبار ملك أصحابها لا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه من الوجوه ومن حفر بئراً في حريم آخر يردم وعلى هذا الوجه أيضاً حريم الينابيع والأنهر والقنوات) .

مادة ١٢٨٧ [إذا حفر شخص بئراً بالأذن السلطاني في القرب من حريم بئر لاخر فحريم هذه البئر في سائر جهاته ايضاً اربعون ذراعاً لكن في جهة البئر الأول ليس له ان يتجاوز حريمه] لأن الحافر للبئر الأول ملك حريمه .

مادة ١٢٨٨ [إذا حفر شخص بئراً في خارج حريم بئر آخر فذهب ماء البئر الأول الى الثاني فلا شيء عليه كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة الأولى فلا تغلق الثانية] لأن الماء تحت الأرض ليس بمملوك

مادة ١٢٨٩ [حريم الشجرة المغروسة بالأذن السلطاني في الأرض الموات من كل جهة خمس اذرع لا يجوز لغيره غرس شجرة في هذه المسافة] لأن غارس الشجرة يحتاج الى جمع اثمارها وهذا لا يكون الا بملكية حريمها . وقد وردت هذه المادة مقيدة بالأذن السلطاني عملاً بقول الأمام الأعظم خلافاً للأمامين لأن الأمام الأعظم لم ير محلاً لتقليد حريم الشجر الا اذا كان مغروساً بأذن السلطان . وفي رد المحتار لا حريم للقصر المبنى في الأرض الموات ولو بأذن سلطاني

مادة ١٢٩٠ [ساقية لشخص جارية في عرصة آخر فطرفيها بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية واذا كان طرفاها مرتفعين فما ارتفع منهما ايضاً لصاحب الساقية وان لم يكن طرفاها مرتفعين ولم يوجد دليل على ان احدهما ذو يد بأن كان عليهما اشجار مغروسة فالطرفان لصاحب العرصة لكن لصاحب الساقية ان يطرح الطين الى طرفيها وقت كريبها] .

مادة ١٢٩١ [لا حريم لبئر حفره شخص في ملكه ولجاره ايضاً ان يحفر بئراً آخر في ملك نفسه عند ذلك البئر وليس لذلك الشخص منع جاره من حفر البئر بقوله ان يجذب ماء بئري] ولو كان مضراً ضرراً فاحشاً لأن كل واحد يتصرف في ملكه تحت الأرض وفوقها وليس للآخر منعه .

* الفصل السابع *

(في بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد)

الصيد ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى (واذا حلتكم فاصطادوا) (وحرم عليكم صيد البر والبحر مادمت حرمًا) وبالسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام (الصيد لمن اخذه) وبالأجماع ايضاً وهو اتفاق الائمة المجتهدين على مشروعيته .

حكم الصيد هو ثبوت ملك الصائد لما اصطاده حقيقة او حكماً .

مادة ١٢٩٢ [الصيد جائز سواء كان بالآلات الجارحة كالرمح والبندقية او غيرها كالسكينة او بالحيوان المفترس المعلم كالكلب او بالطائر الجارح كالصقر] ودليل ذلك آية (وما علمتم من الجوارح مكابن) فاذا وقع الصيد من الجرح كان اكله حلالاً واذا وقع من ثقل الآله كان اكله حراماً واذا حصل الشك بوقوع الصيد من الجرح او من ثقل الآله يكون اكله حراماً ايضاً لانه اذا اجتمع المانع والمقنضى رجح المانع كما لو مسك الجوسي يد المسلم وذبح الذبيحة او مد المسلم العاجز عن مد القوس بذاته القوس بأعانة الجوسي فالصيد حرام ولا يؤكل . ويجب ان تكون الآلة جارحةً فأذا كانت داقة يكون الصيد محرماً . وكذا اذا القى الصياد السيف فأصاب الصيد من جهة القبضة وامانها فلا تؤكل .

ويجب ان يكون الحيوان جارحاً فلا يؤكل صيد البقر والغنم اما الأسد والدب فلا يؤكل صيدهما لأن الأول عزيز النفس فلا يطع الإنسان والثاني خسيس لا يصطاد الى غيره اما اذا تعلموا اصطادا يؤكل صيدهما . اما الخنزير فهو نجس العين فلا يؤكل صيده ولو تعلم (در المختار) . ولا يكون الكلب معلماً الا اذا اصطاد ثلاث مرات متتابعات ولم يؤكل صيده والصقر لا يكون معلماً الا اذا ترك ثلاث مرات ورجع بالنداء . ولا يؤكل الصيد الا اذا حاز الشروط الآتية وهي خمسة شروط تعود الى الصياد (١) ان يكون الصياد مسلماً او ذو كتاب (٢) ان يرسل آلتهم — حيوانه — للصيد قصداً (٣) ان لا يشاركه من لا يحل صيده بأرسال كلبه او حيوانه (٤) ان لا يترك الصياد التسمية حين الصيد عمداً (٥) ان لا يشغل الصياد بين ارسال حيوانه الى الصيد وبين الصيد بعمل آخر .

ومنها خمسة شروط تعود الى كلب الصيد وهي (١) ان يكون الكلب معلماً (٢) ان لا يعمل الكلب بعمل غير الصيد بعد الارسال (٣) ان لا يشاركه في عمله كلب من لا يحل صيده (٤) ان يجرح الكلب الصيد لا ان يخنقه (٥) ان لا يأكل الكلب من الصيد شيئاً .

ومنها خمسة شروط تعود الى الصيد وهي : (١) ان لا يكون الصيد من الحشرات كالخية والعقرب (٢) ان لا يكون من آفات البحار (٣) ان يكون من الحيوانات التي تقدر على الهرب باستعمال اجنحتها او قوائمها (٤) ان لا يكون قوياً بنابه ومخبله كالسبع والنسر وخلافه (٥) ان يموت قبل ان يتمكن الصياد من اللحوق به حياً لأنه اذا لحقه حياً يجب عليه ذبحه بعد التسمية .

مادة ١٢٩٣ [الصيد هو الحيوان المتوحش] طبعاً [من الإنسان] والقادر من الأمتناع سواء كان مأكولاً او لا لأن غير المأكول يصطاد جلده لذلك فالحيوان الأهلي والدجاج الغير قادر على الفرار والحيوانات الوحشية التي اخذت صغيرة وتأهلت واصبحت لا تخاف من الإنسان والحيوانات الأهلية جميعها ولو توحشت لا تكون صيداً لغير اصحابها .

مادة ١٢٩٤ [كما ان الحيوانات الأهلية لا تصاد كذلك الحيوان البحري المستأنس بالإنسان ايضاً لا يصاد بناءً على ذلك الحمام المعلوم انه غير بري بدلالة امثاله او الصقر الذي برجله الجرص او الغزال الذي في عنقه الطوق اذا مسكها احد تكون من قبيل اللقطة فيلزمه الأعلان بها كي تعطى لصاحبها]

واذا القى الصياد على صيده سهماً وجعله متمتعاً من الفرار وجاء صياد آخر فالقى عليه واماته فالصيد للصيد الأول لانه هو الذي جعله متمتعاً .

ماده ١٢٩٥ [شرط الصيد كونه متمتعاً عن الإنسان بقدرته على الفرار برجله او جناحه فأن صار الى حال لا يقدر بها على الفرار والخلاص كغزال مثلاً وقع في بئر فيكون قد خرج من حال الصيدية] .

مادة ١٢٩٦ [من اخرج صيداً من حال صيده فكأنه قد امسكه] لأن اخراج الصيد من الصيدية هو ادخاله بحال الملك

مادة ١٢٩٧ [الصيد لمن امسكه] وفي الحديث الشريف الصيد لمن أخذه [مثلاً]
 اذا رمى شخص صيداً ففر بجرح لا يقدر على الخلاص معه صار مالكاً له لكن
 اذا كان جرحه خفيفاً بصورة يتخلص معه فلا يكون ملكاً له فبرمي آخر
 اياه او بمسكه بصورة اخرى يكون ملكاً له . وكذا لو رمى شخص صيداً وبعد
 ان اوقعه نهض ذلك هارباً فبأخذ آخر اياه يستملكه [واذا خرج الصيد بجرح
 لا يقدر على الخلاص معه فيصير مملوكاً للجراح وليس لغيره اخذه ولا صيده وقتله لا بالنات
 ولا بواسطة كلبه المعلم او آلته واذا ضربه وقتله يضمن قيمته اذ يصير بالضرب الثاني حراماً]
 مادة ١٢٩٨ [اذا رمى صيادان صيداً برصاصهما واصاباه فيصير ذلك مشتركاً
 بينهما مناصفة] اما لو اصابته رصاصة احدهما واشتنته ثم اصابته رصاصة الثاني يكون
 الصيد للأول حتى ولو قتله رصاصة الثاني .

مادة ١٢٩٩ [اذا ارسل صيادان كلبيهما المعلمين واصابا صيداً فذلك الصيد
 بين صاحبيهما مشترك واذا امسك كل واحد منهما صيداً فما امسكه كل واحد
 منهما يكون لصاحبه وكذلك اذا ارسل اثنان كلبيهما المعلمين فأوقع احدهما
 صيداً والثاني قتله فان كان الكلب الأول اوصله الى حالة لا يمكن التخلص
 معها فذلك الصيد لصاحبه] .

مادة ١٣٠٠ [في ساقية شخص وجدوله سمك لا يمك من غير صيد
 فلاخر ان يستملكه بالصيد] .

مادة ١٣٠١ [شخص هياً محلاً في حافة الماء لأجل صيد السمك فجاءه
 سمك كثير واخذ الماء بالقلعة فان كان ذلك السمك يمك من غير صيد فهو لذلك

الشخص وان كان اخذ ذلك السمك محتاجا الى الصيد لكثرة الماء في ذلك
 المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص ويسوغ لآخر ان يستملكه بالصيد .
 مادة ١٣٠٢ [اذا دخل صيد دار انسان فأطلق بابه لأجل اخذه فيصير مالكاً
 له لكن لا يكون مالكاً له بلا احراز بأغلاق بابه فلو جاء آخر واخذه ملكه]
 لأن هواء الدار وان كان ملك صاحبها غير ان استقرار الصيد فيها لا يكفي مثله في الأحراز
 ولا يجعل الصيد خارجاً عن الامتناع .

مادة ١٣٠٣ [اذا وضع شخص في محل شيئاً ما كالشرك والشبكة لأجل
 الصيد فوقع فيه صيد فيكون لذلك الشخص لكن اذا نشر شخص شبكة لأجل
 جفافها ووقع فيها صيد فلا يكون له كما لو وقع صيد في حفرة في اراضي شخص
 فإنه يجوز لآخر ان يستملكه بالأخذ لكن اذا حفر صاحب الأرض تلك الحفرة
 لأجل الصيد فإنه يصير احق به من سائر الناس (راجع المادة ١٢٥٠)

مادة ١٣٠٤ [اذا اتخذ حيوان وحشي عشاً في بستان شخص وباض فيه
 فلا يكون ملكاً له فاذا جاء آخر واخذ بيضه او افراخه فليس لصاحب البستان
 ان يسترد ذلك منه لكن اذا هباً صاحب البستان بستانه لأجل ان يبيض
 او يفرخ ذلك الحيوان الوحشي فجاء وباض وفرخ فيه فيبيضه وافراخه له] .

مادة ١٣٠٥ [شخص اتخذ في بستانه محلاً للنحل فعسله له لأنه محدود
 من منافع بستانه لا يجوز لأحد ان يتعرض له لكن يلزمه اعطاء عشره لبيت المال]
 خلافاً للنحل فاعداد المحل له لا يكفي للملكية لأن العسل من اثمار البستان المملوكة من
 صاحبها والنحل في حد ذاته غير منقوم (راجع المادة ٩٠٤) .

مادة ٦ ١٣ [النحل المجتمع في كواره شخص يعد مالا محرزاً وعسلها ايضاً مال ذلك الشخص] لأن النحل وان كان غير منقوم الا ان اجتماعه في الكواره يجعله منقوماً عرفاً وعادةً .

ماده ١٣٠٧ [اذا طلع طرد النحل من كواره احد الى دار آخر واخذه صاحب الدار فله صاحب الكواره ان يسترده] لأن النحل في الكواره محرزاً



« الباب الخامس »

(في بيان النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين)

✽ الفصل الاول ✽

(في بيان تعميرات الأموال المشتركة ومصاريفها السائرة)

مادة ١٣٠٨ [الملك المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم يعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم] لأن الكلفة بمقابل النعمة سواء كانت المصاريف لأجل ترميم الملك المشترك وتعميره او مصاريف نقل المثليات المشتركة او اصلاح السياقات والمجاري والأنهر المشتركة او اعمار الأموال المشتركة بين الوقف والملك فاذا اراد احد شركاء الملك المشترك اعمار الملك وتمنع الآخر فللشريك طلب القسمة والتخلص من الشركة اذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة واذا كان المشترك جداراً وهنا يحتاج الى التعمير وكان لجارين اخشاباً وجذوعاً عليه ينظر فاذا كانت ارضه قابلة للقسمة تقسم وكل منها يتصرف بمقسمه مستقلاً . واذا كانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة يجوز لأحد الشريكين اقامة الدعوى على شريكه وطلب التعمير واذا تمنع يعمره بأذن القاضي على ان يمنع الجار من التصرف في الجدار حين دفع

ما يصيبه من النفقات • وكذا الحكم في الدار المشتركة الخربة • وكذا الاتفاق على تعمير
الدولاب المشترك والبئر وكري الأنهار واصلاحها ومهمة القناة •
اما تعمير الحمام والطاحون والحائط المنهدم في العرصة غير القابلة للقسمة لا يجبر فيه الشريك
على التعمير •

مادة ١٣٠٩ [اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك بأذن الآخر وصرف
من ماله قدرًا معروفًا فله الرجوع بحصة شريكه يعني يأخذ من شريكه مقدار
ما اصاب حصته من المصروف] سواء كان الملك قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة •
واذا اختلف الأمر والمأمور بقدر المصروف ينظر فاذا كان الأمر اعطى المأمور مالاً ليصرفه
فيكون المأمور أميناً مصداقاً يمينه فيما صرفه واذا صرف المأمور من ماله يكون مدعيًا فيجب
عليه اثبات مطلوبه بالبرهان واذا صرف احد الشريكين بدون اذن الآخر يكون متبرعاً •
واذا عمر الشريك في الملك المشترك لنفسه يكون ما عمره له ولشريكه طلب القسمة فاذا
ظهر محل العمار بملك شريكه فله تخريبه واذا ظهر في حصة المعمر يكون له •

مادة ١٣١٠ [اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب
واراد الآخر التعمير فإنه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائماً مقام اذن الغائب
صاحب الحصة يعني ان تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك بأذن الحاكم
هو في حكم اخذه الأذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من المصروف] •
والقاضي وان كان لا يملك صلاحية التصرف في مال الغائب الا انه له صلاحية حفظ مال
الغائب من التلف ولو بالغاً •

مادة ١٣١١ [اذا عمر شخص الملك المشترك بدون اذن من الشريك او من
الحاكم فيكون متبرعاً يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما اصاب حصته من
المصروف سواء كان ذلك الملك المشترك قابلاً للقسمة أو لم يكن] لعدم ولاية الشريك

على شريكه بذلك وكذا اذا طلب الشريك الأذن من شريكه للتعمير ومنعه شريكه وعمر بعد ذلك يكون متبرعاً ويجب استئصال الأذن من الشريك اذا كان حاضراً لا من الحاكم لأن الحاكم يأذن عند غياب الشريك لا بحضوره ولأن التصرف في ملك الغير باطل ولا يجوز للحاكم ان يجبر الشريك على تعمير العقار المشترك اذا كان قابلاً للقسمة واذا كان غير قابل للقسمة ففيه قولان القول الأول عدم اجبار الشريك على القسمة والثاني اجباره " واذا قبلنا عدم اجبار الشريك على التعمير وجب علينا ان لا نعتبر الشريك الذي عمر متبرعاً في ما صرفه لأن الشريك يكون مضطراً لذلك ويجب على الشريك الذي عمر المال المشترك ان يراجع شريكه ويطلب الأذن منه حتى اذا امتنع عمر المال المشترك ورجع بمصرفه على شريكه .

مادة ١٣١٢ [اذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه متمتعاً وعمره بدون اذن فيكون متبرعاً يعني لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناءً على مادة (٢٥) لا يجبر على التعمير ، لكن يجبر على القسمة وذلك الشخص بعد القسمة يفعل بحصته ما يشاء] . لأن بقاء الملك بدون التعمير ضرر واجبار الشريك على التعمير فيما هو قابل للقسمة ضرر ايضاً والضرر لا يزال بمثله ولذلك يقسم الملك بطلب احدهما .

مادة ١٣١٣ [الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالتاحون والحمام اذا احتاج الى العمارة وطلب احد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيصرف عليه قدر ما معروفاً بأذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما اصاب حصه شريكه من المصاريف التعميرية ديناً له عليه وله ان يستوفي دينه هذا من اجرتة بأيجار ذلك الملك المشترك وان عمر بغير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف واكن له ان يستوفي المقدار الذي اصاب حصه شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح] . وقد انفق الفقهاء على اجبار الشريك من قبل الحاكم على تعمير المال المشترك اذا كان غير قابل

للقسمة لعدم إمكان خلاص الشريك الذي يطلب التعمير من الضرر الحاصل عليه من امتناع شريكه وحجتهم في ذلك هي حجر المديون الماثل وأبقاء الدين من ماله إلا أن قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة قد نسخ حكم هذه المادة وصار الشريك المتضرر من عدم التعمير فيما هو غير قابل للقسمة ذا حق بطلب بيع العقار المشترك وتقسيم أثمانه .

مادة ١٣١٤] اذا تهدم بالكلية الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام وصار عرصة وطلب احد اصحابه بنائه وامتنع الآخر فتقسم العرصة ولا يجبر على البناء] . واذا كانت غير قابلة للقسمة يجوز للشريك اعمارها ومنع شريكه من الاستفادة منها بأذن الحاكم وأيجارها واستيفاء مصروفه منها واذا كان المشترك حائطاً وتهدم فتقسم ارضه واذا كانت غير قابلة للقسمة يجوز للشريك تعمير الحائط ومنع الشريك من الاستفادة منه الى ان يدفع ما عليه واذا راجعه ولم يأذن له بالعمار وكانت ارض الحائط قابلة للقسمة وعمره يكون متبرعاً واذا كانت ارضه غير قابلة للقسمة فللشريك تعميره ولو بدون اذن والرجوع على شريكه بقيمة البناء فقط .

مادة ١٣١٥] اذا تهدمت الأبنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر واحتقرت فكل واحد يعمّر ابنيته كما في السابق ليس لأحدهما ان يمنع الآخر ويقول صاحب الفوقاني لصاحب التحتاني عمر أبنيك لأركب انا بأبنيتي عليها فأن امتنع صاحب التحتاني يستأذن صاحب الفوقاني الحاكم وينشيء الأبنية الفوقانية والتحتانية ويمنع صاحب التحتاني من التصرف حتى يعطيه حصة مصرفه] . واذا عمر صاحب الفوقاني بدون اذن صاحب التحتاني يكون متبرعاً واذا طلب الأذن منه وامتنع وعمر بدون اذن الحاكم يعود عليه بقيمة حصته يوم التعمير لأن حق كل من المالكين في مثل هذا البناء ثابت لا يزول بالهدم لأن الحق لا يزول بدون حدوث علة توجب زواله .

مادة ١٣١٦] اذا تهدم حائط مشترك بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقطر وروؤس جذوع وعمر احدهما عند امتناع الآخر] وكانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة

[فله منع شريكه من وضع حملته على ذلك الحائط حتى يؤدي نصف مصرفه] .
 وذلك اذا كانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة والا فالشريك طلب قسمة الحائط واخذ مقسمه
 منه والخلاصة ان الشريك اذا اذن الى شريكه او تمتنع من الاذن واذنه الحاكم يرجع على شريكه
 بنصف المصروف واذا عمر الشريك بعد الامتناع وبدون اذن الحاكم يعود بنصف القيمة واذا عمر
 بدون استئذان من الشريك وبدون اذن من الحاكم يكون متبرعاً .

مادة ١٣١٧ [اذا تهدم حائط بين دارين فصار يرى من احدى الدارين مقر
 نساء الأخرى وأراد صاحب إحدى الدارين تعمير الحائط مشتركاً وامتنع صاحب
 الأخرى فلا يجبر الآخر على البناء لكن يجبر من طرف الحاكم على اتخاذ سترة بينهما
 بالأشتراك من دف او شيء غيره] . وكذا اذا كان الحائط لأحدهما وسقط فلا يجبر على
 تعميره بل يجبر على اتخاذ سترة تمنع الكشف على مقر نساء الجيران .

مادة ١٣١٨ [اذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه
 وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالأشتراك] . واذا
 تمتنع من هدمه بعد التقدم وسقط واتلف ماله لشريكه يضمن قيمة ما تلف اما اذا كان الحائط
 مبنياً فطلب احد الشريكين هدمه وتعميره امتن مما كان للركوب عليه وامتنع الشريك فلا يجبر .

مادة ١٣١٩ [اذا احتاج العقار المشترك بين الصغيرين او بين الوقفين الى التعمير
 وكان ابقاؤه على حاله مضرراً واحداً الوصيين او احد المتولين يطلب التعمير والآخر
 يمتنع فيجبر على التعمير مثلاً اذا كان بين داري صغيرين حائط مشترك خيف من
 سقوطه ووصي أحدهما يطلب التعمير ووصي الآخر يأبى فيرسل من طرف الحاكم
 امين وينظر ان كان في ترك هذا الحائط على حاله في الواقع ضرر معلوم في حق
 الصغير فيجبر الوصي الآبي على تعمير ذلك الحائط مشتركاً مع وصي الآخر من

مال الصغيرين] لأن ضرر الصغار يعود عليهما فلا يسمح للوصي بالأمتناع [كذلك اذا كانت دار مشتركة بين وقفين واحتاجت الى التعمير وطلب أحد المتولين التعمير وامتنع الآخر فيجب من طرف الحاكم على التعمير من مال الوقف] واذا كان لا مال في الوقف فيمكن للمتولي ان يستدين على الوقف للتعمير حتى بالربح والفائدة بأذن الحاكم واذا كان للواقف شرط بالأستدانة فلا يحتاج المتولي لأذن الحاكم ايضاً .

مادة ١٣٢٠ [اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وأبى أحدهما تربيته وراجع الآخر الحاكم فيأمر الحاكم الآتي بقوله أما ان تبيع حصتك وأما ان تربي الحيوان مشتركاً] . والجبر جائز على هذا الوجه لأن الشريك الممتنع من التربية يريد اتلاف حصة شريكه واضراراه ولا شك ان الأجار على التربية او البيع أخف ضرراً من الهلاك واذا تمتع الشريك عن الاتفاق بعد هذا الأمر يكلف الشريك الآخر على الاتفاق بناءً يرجع على شريكه بما يصيب حصته من المصروف واذا تلف الشريك الحيوان بدون ان يطلب من شريكه او يراجع ويستأذن الحاكم يكون متبرعاً . وكذلك الحكم في الزرع المشترك . واذا تلف الحيوان او الزرع بعد امر الحاكم بسبب امتناع الشريك من الاتفاق يضمن الشريك الممتنع قيمة حصة شريكه واذا تلف قبل الامر لا يضمن (رد المحتار) .

الحيوان في الحقيقة نوع من المشترك الغير القابل للقسمة وقد اختصه الفقهاء بهذا الحكم لألا يكون مضراً على الشريك واحتمال الضرر بالصرف يزول بالبيع وهذا قريب من حكم قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة ولا ريب انه اقرب الى فائدة الطرفين في الملك المشترك . لذلك فإن قانون التقسيم المذكور حيث كان بحق غير المنقول فقط فلا يسري حكمه على المنقول والدواب حتى ولا الحيطان المشتركة .

* الفصل الثاني *

(في حق كري النهر والمجاري واصلاحها)

مادة ١٣٢١ [كري النهر الذي هو غير مملوك واصلاحه على بيت المال] .
 لأنه اذا لم يكري ربما طاف وأغرق القرى والمزارع وأضر العامة وبيت المال للعامة
 [وان لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كرية] فيعمل العامل بنفسه و يدفع الغني
 النقود للمصاريف . وفي الهداية يصرف عليه من مال الخراج والجزية دون العشر والصدقات
 لأن هذه للفقراء وتلك للنواب والمهات ووجه جبر العامة على ذلك عند عدم وسعة بيت المال
 لأن لصاحب الولاية العامة اقامة مصالحها وقد قال عمر رضى الله عنه (لو تركتم ليعتم أولادكم) .
 مادة ١٣٢٢ [كري النهر المملوك المشترك على أصحابه يعني على من لهم حق
 الشرب لا يشاركم في مؤنة الكري والأصلاح أصحاب حق الشفة] . لأنهم لا
 يملكون الماء وهم قوم غير محصور وعدد غير معلوم وحق الشفة تبع وحق الشرب اصل فلا يؤخذ
 بالتبع ويترك الأصل .

مادة ١٣٢٣ [اذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وابتى
 البعض فينظر ان كان النهر عاماً يجبر الآتي على الكري مع البقية بالأشتراك (راجع
 مادة ٢٦) وان كان النهر خاصاً فالطالبون يكرونه بأذن الحاكم ويمنعون المتمنع من
 الانتفاع بالنهر حتى يؤدى مقدار ما أصاب حصته من المصرف] .

وقد قيدت الجملة هذه المادة بأذن الحاكم خلافاً لما ورد في مادة ١٣١٥ وقد اختلف الفقهاء
 في ذلك وفي رد المحتار قولين أحدهما للشيخين بالرجوع والثاني لمحمد بن الحسن بعدمه . ولو قبلت
 الجملة الرجوع بعد الكري ولو بدون اذن لكان اقرب للاحتياج خصوصاً في زماننا حيث صار
 الشريك يتمنع من دفع اقل مصرف على الملك والمال المشترك .

مادة ١٣٢٤] اذا امتنع كافة أصحاب حق الشرب من كرى النهر المشترك فإن كان عاماً يجبروا على الكرى وان كان خاصاً لم يجبروا] .

مادة ١٣٢٥] النهر العام مملوكاً او غير مملوك اذا كان في حافة أرض لأحد وليس من غيرها طريق للعامه المرور من تلك الأرض لأجل الأحتياجات كشرب الماء واصلاح النهر وليس لصاحبها المنع] . لأن الضرر العام يختار لأزالة الضرر الخاص .

مادة ١٣٢٦] مؤنة النهر المشترك واصلاحه تبتدي من الأعلى وجملة أرباب الحصص متشاركون في ذلك واذا جاوز على أرض لصاحب حصه بريء وهكذا ينزل الى آخره لأن الغرامه بالغنيمه (راجع مادة ٨٧) مثلاً نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكرى فمصارف أعلى حصه الى نهاية أراضيها على الجميع] . لا الى الخرق اذا كان في نصف الأرض لأن لصاحب الارض تبديل موضع خرقة] . وبعده على التسعة واذا جاوز أراضي الثاني فيقسم على الثمانية بعده على هذا السياق يذهب فصاحب الحصه السفلى يشارك الجميع في المصرف وبعده يقوم بمصارف حصته وحده فمن هذه الجهة يصير مصرف صاحب الحصه العليا اقل من الجميع ومصرف صاحب الحصه السفلى اكثر منهم] . وهذا قول ابي حنيفة لأنه يقصد من الكرى الأنتفاع بالسقي وقد تم لصاحب الأعلى من حين التجاوز على أرضه فلا يلزمه تأمين انتفاع غيره .

مادة ١٣٢٧] مؤنة تعزيل السياق المالح تبتدي من الأسفل] لأن صاحب الأعلى محتاج للأسفل لأمرار ماء ملحه في أرضه [هكذا الجميع يشتركون في مصرف حصه السياق الكائن في عرمة صاحب الحصه السفلى وكلما تجاوز منه الى ما فوقه يبرأ صاحب الحصه وهكذا يبرأون واحداً واحداً وصاحب الحصه العليا يقوم بحصته

فمن هذه الجهة يكون مصرف صاحب الحصّة العليا اقل من الجميع وصاحب الحصّة السفلى اكثر منهم] . لأن الأوساخ تستقر في اسفل السياق المالح وتضر بجميع الشركاء وكلما ارتفع السياق زال ضرره عن ارتفع التعزيل عنه خلافاً لكري النهر .

مادة ١٣٢٨ [تعمير الطريق الخاص ايضاً كالمالح يبتدي من الأسفل ويعتبر فيه اي مدخله اسفل ومنتهاه أعلى وصاحب الحصّة التي في مدخله يصير مشاركاً في المصاريف التعميرية العائدة الى حصته وحدها وصاحب الحصّة التي في منتهاه بعد مشاركته كل واحد في مصاريف حصته يقوم بمصاريف حصته وحده] وذلك لأن كل واحد من اصحاب الطريق الخاص يستطرق من اسفل الطريق لا من اعلاه . وفي الخيرية تعمير الطريق الخاص على من ملك رقبته لا على من مرّ فيه واذا امتنع احد المالكين من التعمير يراجع الباقيون الحاكم ويعمرونه بأذنه ويمنعوا الشريك من المرور الى ان يدفع ما يصيبه من مصاريف التعمير واذا لم يراجعوا الحاكم بعد امتناع الشريك وعمروا يرجعوا عليه بالقيمة فقط واذا عمروا بدون مراجعته يكونوا متبرعين .



« الباب السادس »

« في بيان عقد الشركة ويشتمل على ستة فصول »

* الفصل الاول *

(في بيان تعريف شركة العقد ونقسمها)

مادة ١٣٢٩ [شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً] . وفي البحر اذا قال رجل لآخر اعطني الف قرش لأتاجر بها ويكون الربح مناصفة فأعطاه بهذا الشرط يكون الربح الى المستقرض والمال قرض .

مادة ١٣٣٠ [ركن شركة العقد الأيجاب والقبول لفظاً او معنى مثلاً اذا قال شخص لآخر شاركتك بقدر كذا قرشاً رأس مال على ان تأخذ وتعطي وقال الآخر قبلت فتكون الشركة منعقدة بالأيجاب والقبول لفظاً واذا أعطى شخص الف قرش لآخر قائلاً ضع انت الف قرش واشتر مالاً وفعل الآخر مثل ما قال فتصير الشركة منعقدة بقبوله معنى] . ونفع الشركة للشراء فقط فإذا قال رجل لآخر انسا شركاً بكل ما تشتريه اليوم من الأموال التجارية فقبل منه الآخر يكونا شريكين بما يشتري وفي مثل هذه الشركة لا يجوز للشريك المشتري ان يبيع ما اشتراه لأنه مفوض بالشراء لا بالبيع . ومن شروط شركة العقد ان يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل فلا نفع الشركة في المباحات كالأصطياد والأحطاب . وقد ورد في رد المحتار انه يجب على الشريكين ان يحجرا صكاً في الشركة يتضمن مقدار رأسمال كل من الشريكين وحصته من الربح وكيفية ادارة عمل الشركة وهل يكون منهما او من احدهما وهل لها البيع نسيئة او نقداً وسائر الشروط الممكن وقوع الخلاف من أجلها وقد وردت هذه المادة مطلقة غير مقيدة بمثل هذه القيود .

مادة ١٢٣١ [شركة العقد تنقسم الى قسمين فإذا عقد الشرى كان الشركة بينهما على المساواة التامة وكان مالها الذي ادخله في الشركة مما يصلح ان يكون رأس مال لشركة وكانت حصتهما متساوية من رأس المال والربح فتكون الشركة مفاوضة .

والقياس عدم جواز هذه الشركة لأنها تتضمن وكالة وكفالة مجهولة والوكالة والكفالة المجهولة غير صحيحة في الأصل فلا تعتبر اذا كانت ضمن الشركة الا انها جوزت للأحتياج عملاً بحديث « فافوضوا فإنه اعظم للبركة » خلافاً للشافعي ومالك رحمهما الله فأنهما لم يبيحوا هذه الشركة اصلاً .

ومن شروطها ان تكون المساواة التامة بين الشريكين فلا تعقد الشركة بين بالغ وصبي لأن الصبي ليس له ان يعمل ولا ان يكفل وتعقد بين المسلم وغير المسلم عند ابي يوسف ولا يقال بأن غير المسلم يرى صحة بيع الخمر والخنازير لأن زيادة تصرف احد الطرفين لا يمنع شركته مع الآخر .

ومن شروطها ان لا يكون لأحد مالا يصلح بأن يكون رأسمال للشركة خارجاً عنها والمال الذي يصلح بأن يكون رأسمال للشركة هو غير العقار والعروض وان يكون التساوي برأس المال والربح فإذا صار لأحدهما مال أكثر من الآخر بعد انعقاد الشركة تخرج الشركة من حكم المفاوضة .

[كما لو توفي رجل فاتخذ اولاده مجموع اموال ما انتقل اليهم من ابيهم رأس مال على ان يشتروا ويبيعوا من سائر الأنواع ويقسم الربح بينهم على التساوي يكون عقد شركة مفاوضة ولكن وقوع هكذا شركة على المساواة التامة نادر واذا عقدوا الشركة بلا شرط المساواة التامة فتكون شركة عنان .

وكذا اذا عقدت على المساواة التامة ثم فانت المساواة انقلبت عناناً ولا يشترط في شركة العنان والمفاوضة ايضاً خلط المال لأن حضور المال فيها كاف

مادة ١٣٣٢ [الشركة سواء كانت مفاوضة او عناناً اما شركة اموال واما

شركة أعمالٍ وأما شركة وجوهٍ فإذا عقد الشركاء الشركة على رأس مال معلوم من كل واحد مقدار معين على أن يعملوا جميعاً أو كل على حدة أو مطلقاً وما يحصل من الربح يقسم بينهم فتكون شركة أموال وإذا عقدوا الشركة وجعلوا رأس المال عملهم على تقبل العمل يعني تعهده والتزامه من آخر والكسب الحاصل أي الأجرة يقسم بينهم فتكون شركة أعمال ويقال لها أيضاً شركة إبدان وشركة صنائع وشركة تقبل كشركة خياطين أو خياط وصباغ وإذا لم يكن لهم رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئةً وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه .

وقد ورد في متن هذه المادة على أن يعملوا جميعاً لذلك لا يجوز لأحدهم أن يتمنع عن العمل أو يشترط عدم العمل لأن شركة الأعمال يجب فيها العمل من كل الشركاء .

✽ الفصل الثاني ✽

في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد

مادة ١٣٣٣ [كل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة فكل واحد من الشريكين في تصرفه يعني في الأخذ والبيع وتقبل العمل من الغير بالأجرة وكيل الآخر] .

اذ لا يجوز للشريك أن يتصرف في مال الآخر يبيعاً أو شراءً إذا كان ليس بوكيل له [فكذا إن العقل والتميز شرط في الوكالة وكذلك كون الشريكين عاقلين ومميزين شرط في الشركة أيضاً على العموم] ولا يشترط فيها البلوغ لأن للصبي المميز المأذون أن يشتغل بالتجارة إذا كانت عناناً ويشترط البلوغ في شركات المفاوضة لأنها تتضمن الكفالة والكفالة تبرع ابتداءً .

مادة ١٣٣٤ [شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ايضاً فأهلية المتفاوضين للكفالة شرط ايضاً] ولا يشترط فيها معلومية المكفول له عملاً بالمادة ٦٣٩ لأن هذه الكفالة هي ضمن عقد الشركة لا مقصودة بالذات .

مادة ١٣٣٥ شركة العنان تتضمن الوكالة خاصة ولا تتضمن الكفالة فحين عقدها اذا لم تذكر الكفالة فكل واحد من الشركاء ليس كفيل الآخر فيجوز للصبي المأذون عقد شركة العنان لكن اذا ذكرت الكفالة حين عقد شركة العنان فيصير كل واحد من الشركاء كفيل الآخر .

مادة ١٣٣٦ [بيان تقسيم الربح بين الشركاء شرط فاذا بقي مبهماً ومجهولاً فتكون الشركة فاسدة] . وذلك لوجوب تقسيم الربح بنسبة رؤوس الاموال في شركات الاموال وان ينفرد كل واحد بنتائج عمله في شركات الأعمال والربح في الشركات الصحيحة يستحق بالعقد وحيث فسد العقد لا يستحق الربح الا بما هو حسي وهو المال او العمل .

مادة ١٣٣٧ [كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء كالنصف والثلث والرابع جزءاً شائعاً شرط فاذا تقاول الشركاء على اعطاء احدهم كذا قرشاً مقطوعاً فتكون الشركة باطلة] . لأن ذلك من الشروط المتنافية للشركة اذ يمكن ان يكون الربح المشروط الى احد الشركاء عاماً لجميع الربح واذا رجعنا الى ماورد في كتاب البيوع نرى ان البطلان ينشأ اما من عدم اهلية العاقدين او عن عدم موافقة الأيجاب للقبول او كون المعقود عليه ليس بمال ولذا فإن ماورد في هذه المادة هو اقرب الى الفساد من البطلان وقول المجلة سهو لا محالة .

❁ الفصل الثالث ❁

(في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الأموال)

المفاوضة والعنان

الشرائط المخصوصة ثلاثة الأول كون المعقود عليه قابلاً للشركة والثاني كون رأس مال الشركة عيناً من قبيل النقود والثالث كون رأس مال الشركاء حاضراً عند الشراء .

مادة ١٣٣٨ [كون رأس المال من قبيل النقود شرط] لذلك فالعروض والعقار والموزون والعددي لا يكون رأس مال ولا تعقد فيه الشركة أما النقود فلا فرق بين أنواعها واجناسها وخلطها ليس من شروط صحة الشركة لأن الربح في الشركة يكون بالعقد لا بخلط رأس المال . وقد انفقت جميع علماء الحقوق الإسلامية على ان النقد اصل تعقد عليه شركات الأموال ومتى وقعت الشركة بالنقود سقط فيها التقابض الواجب في الصرف ولم يسوغ جمهور الفقهاء انعقاد الشركة على القيمي والمثلي من العروض ولا على العقار الا محمد بن الحسن فإنه جوز انعقادها على المثلي .

مادة ١٣٣٩ [المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود] .

وهذا قول محمد بن الحسن ايضاً وعليه العمل ووجهه ان النقود النحاسية تعطى فائدة النقود بالتداول والرواج وقال بعضهم بأنها من العروض لعدم اطراد رواجها ولا ريب انها تأخذ حكم النقود حين الرواج على ما ارى فلا فائدة من هذا الخلاف .

مادة ١٣٤٠ [غير المسكوك من الذهب والفضة ان جري التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة فهو في حكم النقود والا ففي حكم العروض] لان الثمنية بغير المسكوك بالتعامل وبدون ذلك تكون حلياً قيمة .

مادة ١٣٤١ [كون رأس المال عيناً شرط فلا يجوز ان يكون الدين يعني الذي في ذم الناس رأس مال الشركة مثلاً اذا كان الى اثنين في ذمة آخر دين فلا يجوز ان يتخذ رأس مال وتعقد الشركة عليه وكذا اذا كان رأس مال احدهما عيناً ورأس مال الآخر ديناً فالشركة غير صحيحة] .

لأن احضار المال في مجلس عقد الشركة شرط لنفاذها والدين غير المقبوض في المجلس والعين العائبة لا تكون رأس مال للشركة لأن الدين يحتمل السقوط بالأفلاس والعين تحتمل الضياع بالهلاك قبل التسليم .

مادة ١٣٤٢ [لا يصح عقد الشركة على الأموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار يعني لا يجوز ان تكون هذه رأس مال الشركة الا ان الشخص اذا اراد ان يتخذ المال الذي ليس من قبيل النقود رأس مال فكل واحد منهما يبيع نصف ماله للآخر وبعد حصول اشتراكهما يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك كما لو كان لأثنين نوع مال من المثليات مثلاً لكل واحد مقدار حنطة نخلطا احدهما بالآخر فبعد حصول شركة الملك يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال ويعقدا عليه الشركة]

ويجب ان يكون المخلوط من جنس واحد فإذا كان مختلف الجنس تكون الشركة شركة ملك لا شركة عقد كما لو كان لأحدهما حنطة وللآخر شعير وخلطا ذلك

مادة ١٣٤٣ [اذا كان لواحد برذون وللآخر سمر فأشتركا على ان يؤجراه وما حصل من اجرته يقسم بينهما فالشركة فاسدة والأجرة الحاصلة تكون لصاحب البرذون والسمر بسبب كونه تابعا للبرذون لا يكون لصاحبه حصة من الأجرة لكنه يأخذ اجر مثل سمره] . اما لو تشارك صاحب البرذون والسمر على ان يحملا وينقلا الأمتعة معاً تكون شركتهما شركة اعمال لا شركة اموال وكذا اذا اتفق عامل مع صاحب سفينة على ان يعمل بالسفينة ويشارك صاحبها على نصف اجرته لا تصح الشركة وتكون الأجرة لصاحب السفينة والعامل يأخذ اجر مثله . وفي الهندية لو اعطى رجل حيوانه لآخر ليشغل به وينقاسما اجرته سوية بينهما فالشركة فاسدة والأجرة لصاحب الدابة وللعامل اجر المثل .

وكذا اذا كان لأحدهما حملاً وللثاني حملاً فأجراهما سوية وعقدا شركة لا تصح واذا أجر

كل منهما دابته تكون اجرته له واذا اجرا دابتيهما صفقة واحدة ولم يشترط لكل منهما اجرة تقسم الاجرة بينهما بنسبة اجر مثل الدابتين واذا اجراهما صفقة واحدة واشترطا العمل على احدهما تقسم الأجرة على اجر مثل الدابتين واجر مثل العامل . وكذا اذا اشترطا صاحب دابة وصاحب قربة على عقد شركة لسقاية الماء فالأجرة للعامل والآخر يأخذ اجر مثل دابته او قربه وكذا اذا اعطى احد شبكة لآخر فاصطاد بها اسماكاً فالصيد للسالك وصاحب الشبكة يستحق اجر مثل شبكته فقط . وكذا اذا اعطى احد دجاجة او دابة لآخر ليربها ويعلفها ويقسم الأرباح والأولاد فالشركة فاسدة والربح لصاحب الدجاجة والدابة والآخر يأخذ ثمن العلف واجر مثله .

وكذا اذا اعطى احد لآخر دود الحرير ليعلفه يأخذ منه الحرير فالحرير لصاحب الدود والآخر له ثمن ورق التوت واجر المثل . واذا باع صاحب الدود والدجاج والحيوانات نصف الدود والدجاج والحيوانات الى الآخر واشغلا بها شركاء صحت الشركة واقسما الأرباح حسب اتفاقهما .

يتضح من هذه المادة وما ورد عليها من الشرح بأن العرض يكون رأس مال للشركة بعد ان توجد فيه شركة الملك و يشترط ان يكون من الأموال التي يقع استهلاكها في اعمال تجارة الشركة اما ما تبقى عينه وتحصل الأرباح من منافعها فلا تكون الشركة صحيحة فيه الا على ماورد في هذه المادة وامثالها الكثيرة .

مادة ١٣٤٤ [اذا كان لواحد دابة ولاخر امتعة وتشاركوا على تحميل الأمتعة على الدابة ويبيعها على ان ما حصل من الربح يكون بينهما مشتركاً فالشركة فاسدة والربح الحاصل يكون لصاحب الأمتعة وصاحب الدابة يأخذ اجر المثل لدابته والدكان ايضاً مثل الدابة بأن كان لواحد دكان ولاخر امتعة فتشاركوا على بيع الأمتعة في الدكان على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما فالشركة فاسدة وربح الأمتعة يكون لصاحبها وصاحب الدكان يأخذ اجر مثل دكانه] .

﴿ الفصل السابع ﴾

(في بعض ضوابط تتعلق بشركة العقد)

مادة ١٣٤٥ [العمل يكون منقوماً بالتقويم يعني ان العمل بتعيين قيمته يتقويم ومن الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمةً بالنسبة الى عمل شخص آخر مثلاً اذا كان شريكاً في شركة عنان ورأس مالهما متساوٍ وكلاهما ايضاً مشروط عمله وشرط اعطاء احدهما حصةً زائدةً من الربح فيكون الشرط جائزاً لأنه يجوز ان يكون احدهما في الأخذ والاعطاء امهر وعمله ازيد وانفع] ولو لم يكن صاحب الحصة الزائدة من الربح امهر من الآخر لان العمل يتقوم بالتقويم وهو كالمبيع يمكن بيعه بشمن المثل او بأكثر ولأن العمل نوع من المنافع والمنافع تتقوم بالعقد ومنها العمل في الشركات فلو اشترط عمل احد الشركاء في الشركة بحصة زائدة من الربح جاز لأن الزيادة بمقابل العمل خلافاً لزفر والشافعي فانها لم يجوزوا هذه الزيادة وحجتها انها تكون ربحاً لمسلم يضمن وقوله صلى الله عليه وسلم (الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين تبطل حجتها) .

مادة ١٣٤٦ [ضمان العمل اي تعهد العمل نوع من العمل فاذا تشارك اثنان شركة صنائع بأن وضع شخص في دكانه آخر من ارباب الصنائع على ان ما يتقبله هو وما يتعهده من الأعمال يعمل به ذلك الآخر وما يحصل من الكسب يعني الاجرة بينهما مناصفة] او اثلاثاً [فيكون جائز واستحقاق صاحب الدكان نصف الحصة] او ثلثها او اكثر او اقل [بسبب كونه ضامناً ومتعهداً للعمل وفي ضمن ذلك ايضاً يصير نائباً لمنفعة دكانه] سواء كان صاحب الدكان قادراً على العمل لكن مهارته قليلة او كان لا يعرف العمل مطلقاً فالاجرة له بمقابل تقبله العمل .

مادة ١٣٤٧ [كما ان استحقاق الربح يكون تارةً بالمال او بالعمل كذلك يحكم

مادة ٨٥ يكون تارة بالضمان كما ان في المضاربة يكون بها رب المال مستحقاً للربح بماله والمضارب بعمله واذا اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً عتده واعمله ما قبله وتعهد من العمل بنصف اجرتة [اي بنصف اجرة المأجور] فيكون جائزاً والكسب يعني الأجرة المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك التلميذ بعمله يكون نصفها الآخر مستحقاً للأستاذ ايضاً بتعهده وضمان العمل [لأن ضمان العمل عمل عقلي يفوق الأعمال الحسية وهو تعهد لأبراز العمل والألتزام بأية وسيلة من وسائله وقاعدة الخراج بالضمان كما تدل على استحقاق ثمرات ما يكون مضموناً من الأموال المادية لزامتها تدل ايضاً على ما يضمن ابرازه من الاعمال والصفات الحسية او المعنوية وما يعطى للعامل الحسي يكون بأستئجار الضامن اياه على العمل .

مادة ١٣٤٨ [اذا لم يوجد واحد الأمور الثلاثة السالفة الذكر يعني المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح مثلاً اذا قال شخص لآخر اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فلا يوجب الشركة وفي هذه الصورة ليس له اخذ حصة من الربح الحاصل] .

لأن الربح يكون بالمال او بالعمل او بضمان العمل . وكذا لو قال شخص من ذوي النفوذ لرجل آخر اتجر في بلاد حوران وانا احصل لك ما يعسر عليك تحصيله من الديون على ان لي الربع من ارباحك لا يستحق من ارباحه شيئاً وجميعه للتاجر لأن تحصيل الديون المتعسرة ليست بواحدة من الأعمال التجارية المحكى عنها .

وكذا في شركة الأموال اذا اشترط احد الشركاء ان يأخذ حصة زائدة عن رأس ماله بشرط ان لا يعمل في الشركة لا يستحق الربح الزائد .

مادة ١٣٤٩ [استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة وليس هو بالنظر الى العمل الواقع فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل

يعد كأنه عمل مثلاً الشريكان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما ولو لم يعمل الآخر بعذر او بغير عذر يقسم الربح بينهما على الوجه الذي اشترطاه حيث كل واحد منهما وكيل عن الآخر فبعمل شريكه يعد هو ايضاً كأنه عمل [.

وبشركة الوجوه اذا تعهد مثلاً ثلاث من الجمالين لنقل امتعة فنقلها احدهم يستحق ثلث الأجرة ولا شيء للباقيين مالم يكونوا تقبلوا العمل سوية . اما الخسار يقسم بكل الأحوال بنسبة رأس المال ولا يعتبر اي شرط ينفق عليه الشركاء اذا كان مخالفاً لحصصهم من رأس المال (راجع مادة ١٣٦٩) .

مادة ١٣٥٠ [الشريكان كل واحد منهما امين الآخر فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكم الوديعة فاذا تلف مال الشركة في يد واحدٍ منهما بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يكون ضامناً] ولا يكلف مدعي التلف او التسليم لأكثر من اليمين وكذا اذا ادعى تسليم حصة شريكه له لأن عقد الشركة اذن من كل من الشركاء للأخر دلالة بوضع يده على حصته من المال لأجراء التصرفات التجارية وهذا ايداع ضمن العقد .

مادة ١٣٥١ [رأس المال في شركة الأموال يكون مشتركاً بين الشريكين متساوياً او متفاوتاً لكن في صورة كون رأس المال من واحد والعمل من آخر اذا كانت المقابلة على ان الربح مشترك بينهما تكون مضاربة كما تأتي في بابها المخصوص واذا كان الربح تماماً عائداً الى العامل فيكون قرضاً واذا شرط كون الربح تماماً عائداً الى صاحب رأس المال فيكون رأس المال بيد العامل بضاعة والعامل مستبضع ومن كون المستبضع في حكم الوكيل المتبرع يصير الربح والخسار تماماً عائداً الى صاحب المال] . وتفسخ شركة البضاعة بوفاة المبضع سواء عرف المستبضع بوفاته ام لم يعرف واذا اشترى المستبضع مالاً بعد وفاة المبضع يضمن بدله (هندية) .

مادة ١٣٥٢ [اذا مات احد الشريكين او جن جنوناً مطبقاً] او حجر عليه او انصر الشركة او فسخها او تلف جميع رأس مال الشريكين او رأس مال احدها او كانت الشركة موقفة وانقضت مدتها . [فتفسخ الشركة لكن في صورة كون الشركاء ثلاثة او اكثر لتفسخ الشركة بحق الميت او المجنون وحده وتبقى بين الآخرين] . لأن الجنون المطبق ينافي اهلية التصرف والتوكيل كالموت والشركات بجميع انواعها تتضمن التوكيل اما الموت الحكمي في المرتد اللاحق بدار الحرب وفي المفقود المحكوم بموته كالموت الحسي .

مادة ١٣٥٣ [تفسخ الشركة بفسخ احد الشريكين لكن علم الآخر بفسخه شرط فلا تفسخ الشركة ما لم يكن فسخ احدها معلوماً للآخر] ولا يشترط رضاء الشريك الآخر بالفسخ لأن كل شريك حر بالتصرف في خالص ماله وعزله عن مال الشريك الآخر . اما اطلاق عبارة المادة يدل على نفاذ الفسخ سواء كانت اموال الشركة من جنس ما عقدت عليه او كانت عروضاً . وفي البحر اذا باع احد المتفاوضين مالاً من اموال الشركة وقبل ان يقبض ثمنه فسخت الشركة بتحتم على المشتري دفع الثمن الى الشريك العاقد واذا دفعه الى الشريك الآخر يضمن حصة الشريك العاقد واذا وجد المشتري عيباً في المبيع بعد انفساخ الشركة يعيده الى البائع لا الى الشريك الآخر .

مادة ١٣٥٤ [اذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على كون النقود الموجودة لواحد والديون التي في الذم لآخر فلا تصح القسمة وفي هذه الصورة معها قبض الآخر من النقود الموجودة يكن مشتركاً وما في الذم من الدين ايضاً بقي مشتركاً بينهما راجع مادة ١١٢٣]

مادة ١٣٥٥ [اذا اخذ احد الشريكين مقدراً من مال التجارة ومات وهو في حال العمل مجهلاً فتستوفي حصة شريكه من تركته راجع مادة ٨٠١] . لأن

الشريك وكيل في التصرف في مال الشركة ومأمور بحفظ الأعيان المشتركة فعدم بيانه قبل الموت حالة تلك الأموال يعد تجهيلاً لما وجب عليه بيانه ونقصيراً في الزمة في حفظ حصة الشريك وقول المادة راجع مادة ٨٠١ أيماً لبيان حالة الوديع المتوفى قبل تسليم الوديعة لصاحبها بدون بيان حالتها وإيماً أيضاً إلى أن باقي أحكام المادة المذكورة وارد هنا .

❖ الفصل الخامس ❖

(في بيان شركة المفاوضة)

جوزت هذه الشركة استحساناً عند الحنفية والمالكية وإن اختلفوا في بعض شروطها وفيه القياس لا تجوز وهو قول الشافعي ووجه تضمنها التوكيل بمجهول الجنس والكفالة وكل واحد منهما يوجب الفساد فإن اجتماعاً أوجباه من باب أولى أما وجه الاستحسان فهو ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم (فافوضوا فإنه اعظم للبزكة) وقد اعترض على هذا الحديث وقيل بأنه غريب واحسن طريق للاستدلال على مشروعيتها هو أقرار الرسول ما كان يتعاطاه الناس قبل الاسلام منها . وقول الأمام الشافعي يتضمن عدم صحة شركة العنان أيضاً مع اتفاق الكل على صحتها .

مادة ١٣٥٦ كل ما لزم على أحد المفاوضين بتجارة أو كفالة فهو واجب ولازم على الآخر لأن الشركاء كفلاء بعضهم بعضاً . وكل شيء يثبت لأحد المفاوضين بالتجارة وأمثالها فللآخر قبضه وطلبه لأن الشركاء وكلاء بعضهم بعضاً .

فالمسائل المتفرعة عن القاعدة الأولى هي : ١- [المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين في الفصل الثاني فأقرار أحدهما كما ينفذ في حق نفسه يكون نافذاً في حق شريكه فإذا أقر أحدهما بدين فللمقر أن يطالب أيهما شاء ومهما تربت دين على أحد المفاوضين من أي نوع كان في المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والأجارة يلزم الآخر أيضاً وكما أن ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز أن يرده الآخر بالعيب] .

وإذا أقر أحدهما لمن لا تقبل شهادتهم له كأصوله وفروعه وزوجته ولو معتدة بطلاق بائن فلا يلزم مفاوضه بهذا الإقرار عند الأمام الأعظم وهو الأصح (مادة ١٧٠٠) . وإذا أقر بتوليئه العقد مع شريكه لا يلزمه الا انصف ما أقر به وإذا أقر بأن شريكه تولى العقد الذي نشأ عنه الدين لا يلزم شريكه شيئاً . وإذا كفل أحد شركاء الشركة واحداً ينظر فإذا كانت الكفالة بالأمر يطالب بها الشريك الآخر لأنها معاوضة انتهاء وإذا كانت بدون الأمر لا يطالب الشريك لأنها تبرع حالاً ومالاً . أما بقية العقود كالبيع والشراء والاستصناع فهي داخلة في الشركة وكل من الشريكين مسؤول عنها ولو كان غير عاقد وللعاقد لهذه العقود تخليف الشريك العاقد وغير العاقد انما يخلف العاقد بتأناً والآخر على عدم علمه ولا يكتفى بتخليف احدهما ويشترط لمطالبة الشريك غير العاقد ان تكون العقود عائدة للشركة والا اذا تزوج أحد الشركاء وافرّ بمهر او نفقة او دية او جناية فأنها لا ترى على شريكه .

مادة ١٣٥٧ [المأكولات والألبسة وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحد المفاوضين لنفسه واهله وعياله له خاصة لا حق لشريكه فيها لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بضمن هذه الأشياء بحسب الكفالة ايضاً] . لأن كل شريك يعلم بأن لشريكه حاجات مخصصة به منذ عقد الشركة ولذا يقال بأن الشركة تعقد والشريكان عالمان بهذه الاحتياجات وراضيان بأن يطالبها لأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة الا ان مثل هذا الدفع يخرج الشركة من المفاوضة ويجعلها عناناً لتفاوت رأس المال .

مادة ١٣٥٨ [المفاوضان في شركة الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما وحصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال احدهما تصلح رأس مال شركة يعني النقود والأموال التي في حكم النقود شرط اما اذا كان لأحدهما فضلة عن رأس مال الشركة لا تصلح رأس مال يعني عروضاً او عقاراً او ديناً في ذمة آخر فلا تضر المفاوضة] .

مادة ١٣٥٩ [الشريك في شركة الأعمال اذا عقدا شركتهما على ان يتقبل

كل واحد منهما اي عمل كان وعلى السوية ضمانهما العمل وتعهدهما وعلى تساويهما في الفائدة والضرر ومهما ترتب بسبب الشركة على احدهما يكون الآخر كفيلاً له فتكون مفاوضة في هذه الصورة تجوز مطالبة كل واحد منهما ايهما كان بأجرة الأجير واجرة الدكان واذا ادعى شخص بمتاع وأقرّ به واحد منهما فيكون أقراره نافذاً وإن أنكره الآخر [. حتى ولو كان كل واحد منهما يشتغل بدكان غير دكان الآخر ولو كان كل منهما يشتغل غير عمل الآخر كما لو كان احدهما صباغاً والثاني خياطاً . ويشترط لصحة شركة الأعمال أمران احدهما ان يكون العمل مشروعاً لذلك لا تنعقد شركة الاعمال على السرقات والرشوات وثانيهما ان يكون العمل قابلاً للتوكيل وان يكون عامله مستحقاً للأجرة لذلك لا تنعقد شركة الاعمال على التساؤل .

مادة ١٣٦٠ [واذا عقد الشركة اثنان على اخذ المال نسيئةً ويبيعه وكون المال المشتري وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفةً وكل واحد منهما كفيل الآخر فتكون مفاوضة شركة الوجوه] . ولا يشترط فيها ذكر كونها شركة مفاوضة .

مادة ١٣٦١ [يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة او تعداد جميع شرائطها واذا عقدت الشركة مطلقة فتكون عناناً] . لأن المفاوضة نادرة الوقوع فإذا لم يصرح بها ولم تذكر شروطها تكون عناناً .

مادة ١٣٦٢ [اذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل على الوجه المار ذكره فتقلب المفاوضة عناناً مثلاً اذا دخل في يد واحد من المفاوضين في شركة الأموال مالاً بالأرث او بطريق الهبة فإذا كان يصلح رأس مال للشركة كالنقود فتقلب المفاوضة عناناً لكن اذا كان ما ليس بمال كالعروض والعقار فلا يضر بالمفاوضة] .

مادة ١٣٦٣ [كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط أيضاً لصحة
المفاوضة] . وهو ان يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل وان يكون مقدار الربح معلوماً وجزءاً
شائعاً وان يكون رأس المال من قبيل النقود وان يكون الشركاء عاقلين مميزين .
اما اهلية الكفالة والتساوي برأس المال والربح وان لا يكون لأحد الشريكين مال غير رأس
ماله في الشركة هي شروط في المفاوضة دون العنان .

مادة ١٣٦٤ [كل ما جاز من التصرف للشريكين شركة عنان يجوز أيضاً
للمفاوضين] . لذلك يجوز لكل من المفاوضين ان يبيع مال الشركة او يشتري لها المال نقداً
او نسيئةً وكل منها ايداع مال الشركة وابضاعه والمضاربة به واخذ مصرفه من مال الشركة اذا
سافر لقضاء امورها .

وليس للشريك بشركة العنان ان يفعل كل ما يفعله الشريك بشركة المفاوضة لأن شركة
المفاوضة اعم فيجوز للشريك المفاوض ان يشارك آخر شركة عنان لحساب شركة المفاوضة ولا
يجوز لشريك العنان ان يشارك آخر شركة مفاوضة (هندية) . وكذا يجوز للمفاوضين ان
يرهن ويستrehن و يقر بالرهن والأرتهان وليس لشريك العنان ذلك .

❖ الفصل السادس ❖

في حق شركة العنان ويشتمل على ثلاث مباحث

المبحث الأول

في بيان المسائل العائدة الى شركة الأموال

مادة ١٣٦٥ [لا يشترط في الشريكين شركة عنان كون رأسمالهما متساويين
بل يجوز كون رأس مال احدهما ازيد من رأسمال الآخر وكل واحد منهما لا يكون
مجبوراً على ادخال جميع نقده او ما يمكن ان يكون رأسمال للشركة في رأس المال بل

يجوز ان يعقد الشركة على مجموع او على مقدار منه فهذه الجهة يجوز ان يكون لهما
فضلة عن رأس مالهما تصلح ان تكون رأس مال شركة كنقدهما مثلاً [ويجوز ايضاً ان
يكون رأس مال الشركاء مختلف الجنس والقيمة ويجوز تقسم الربح متساوياً او متفاضلاً ويجوز
ان تكون شركة العنان مختصة بنوع شركة واحدة خلافاً للمفاوضة .

مادة ١٣٦٦ [كما يجوز عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز ايضاً
عقدها على نوع تجارة خاصة كتجارة الذخيرة مثلاً] . وكذا يجوز توقيتها بوقت معين
كشهر او سنة .

مادة ١٣٦٧ [كيفما شرط تقسيم الربح في الشركة] العنان [الصحيحة] غير الفاسدة
[فذلك يراعى على كل حال] . لأن الشركة الفاسدة تقسم فيها الأرباح بالنسبة لرأس المال
أما في شركة العنان الصحيحة فيجوز ان تكون الأرباح بنسبة رأس المال او متفاضلة الا اذا
كان الشرط مخالفاً للشرع فحينئذ يعتبر فأذا فرض زيادة الربح الى الشريك غير العامل وكان
رأس مال الشريكين متساوياً فلا يعتبر هذا الشرط وتقسم الأرباح مناصفةً وكذلك اشتراط
اعطاء احد الشركاء بشركة الوجوه في مال اشتراه رجماً زائداً عن حصته لا يعتبر ويكون الربح
بنسبة حصتهما واذا اختلف الشركاء وأرادوا قسمة الشركة يتقاسموا النقود أما العروض فأنها
تقدر بقيمة وقت شرائها وتوزع الأرباح بينهما .

مادة ١٣٦٨ [يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار رأس المال فإذا
شرط لأحد الشريكين زيادة فلا تعتبر] لأن الأرباح تقسم متفاضلة بالنسبة للمقابلة ففي
فسدت المقابلة فسد ما هو ضمنها واذا كان رأس المال من احدهما فالربح له وللاخر اجر المثل
اذا عمل واذا كان لا رأس مال لهذه الشركة فالربح للعامل فقط . لأن فضل الربح يحصل بالعقد
المقوم للأعمال والمقدر لقيم المنافع وحين فساده لابقى صالحاً لذلك فينحصر الربح بسبب الاستحقاق
وهو رأس المال اما في شركة الاعمال فيستحق فيها كل عامل اجرة عمله متى كانت فاسدة ومن
لا عمل له لا أجرة له وما يفسد من شركة الوجوه كصحيحها في كون الربح فيه على قدر الملك
وضمن الثمن .

مادة ١٣٦٩ [الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر] ولا تبطل الشركة لأنها من العقود التي تصح مع الشروط الفاسدة وتكون الشروط ملغاة وقد ورد في الحديث (الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالين) • لأن الخسار امر حسي لا يمكن اضافته لغير سببه الحسي وهو متصل بالمال على نسبة ما فيه من حصص الشركاء •

مادة ١٣٧٠ [اذا شرط الشريك تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً او متفاضلاً فيكون صحيحاً ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال كما شرط سواء شرط عمل الأثنين او شرط عمل الواحد وحده الا انه اذا شرط عمل واحد فيكون رأس مال الآخر في يده في حكم البضاعة] •
انما يشترط في هذه المادة ان لا يكون الشريك غير العامل والذي رأس ماله مساو او اقل من رأس مال شريكه مستحقاً لحصة من الربح اكثر من حصة شريكه اذ تكون هذه الحصة بدون مقابل • ويقسم الربح بينهما بنسبة رأس مال كل منهما وفي ما عدا ذلك لها يقسم الربح كيفما شاء وأرادا •

مادة ١٣٧١ [اذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطاً من الربح حصة زائدة لأحدهما مثلاً كثلثي الربح وكان ايضاً عمل الاثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر (راجع المادة ١٣٤٥)] لأن الزائد من الربح عن قدر المال هو قيمة عمل من كان امره في العمل • [اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح زائدة فكذلك الشركة صحيحة والشرط معتبر ويصير ذلك الشريك مستحقاً لربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة كانت الشركة

شبه المضاربة وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح قليلة فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان الى الزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الأمور الثلاثة راجع مادة ١٣٤٧ ومادة ١٣٤٨] .

واذا اشترط ان يكون الربح جميعه لأحد الشريكين لا يجوز واذا اشترط للعامل يكون قرصاً واذا اشترط لرب المال يكون بضاعة . وهذا متفق عليه بين الأئمة في الصور الثلاثة وخالف زفر ومالك والشافعي في حكم الصورة الأولى من هذه المادة والتي بعدها لأن زيادة الربح فيها غير مضافة للمالك ولا ضمان الا ان العمل لما كان يتقوم بالعقد كان هذا القول بعيداً لنظريات الحقوق العامة .

مادة ١٣٧٢] اذا اشترط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل مثلاً رأس مال احدهما مائة الف قرش ورأس مال الآخر مائة وخمسون ألفاً فيكون شرط اخذ حصة الزيادة من الربح بالنسبة الى الذي رأس ماله قليل كشرط زيادة الربح الى احد الشريكين المتساويين في رأس المال فأذا شرط عمل الاثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزائدة من الربح يعني قليل رأس المال فتكون الشركة صحيحة والشرط معتبراً وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح يعني الشريك الذي رأس ماله كثير فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما] . لأن الشريك الآخر يكون استحقاق الربح بدون عمل وبرأس مال قليل وهذا لا يجوز .

مادة ١٣٧٣] يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع مال الشركة سواء

كان بالنقد او بالنسيئة بما قل او كثر [وللفاوض ان يبيع مال الشركة لمن لا تقبل شهادتهم له خلافاً للوكيل بالبيع .

مادة ١٣٧٤ [يجوز لأحد الشريكين ايهما كان حال كون رأس مال الشركة في يده ان يشتري الأموال بالنقد او بالنسيئة لكن اذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش فلا يكون المال للشركة بل يكون له] . لأن ذلك لا يعد من التجارة في العرف . وفي مجمع الأنهر الشريك وكيل يرجع على شريكه بحصته من ثمن المبيع الذي اشتراه ولو دفع ثمنه منه واذا هلك المبيع واثبت الشريك شرائه يرجع على شريكه بحصته من الثمن .

وقد أجازت المجلة للشريك بأن يبيع مال الشركة ولو بالغبن الفاحش ومنعته من الشراء بالغبن الفاحش لأن الشريك يمكنه ان يشتري المال لنفسه ومتى رأى نفسه مغبوناً فيه يدعي شرائه للشركة خلافاً للبيع فانه محصور بمال الشركة ولا يتصور فيه ما يتصور الشراء .

مادة ١٣٧٥ [لا يجوز لأحد الشريكين الذي ليس في يده رأس مال الشركة ان يشتري مالاً لأجل الشركة فان اشترى يكن ذلك المال له] .

لأن شرائه على هذا الوجه اذا صح بحق الشريك يوجب اجباره للشريك بالأستدانة والدفع والشريك بشركة العنان ليس له الأستدانة والأستقراض اما لو اشترى الشريك مثل هذا المال وقال له شريكه اشركني به فشاركه وسلمه اياه يكون باعه نصفه بالتعاطي ولا يكون الشريك ملك النصف لمجرد الشركة .

مادة ١٣٧٦ [اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتها] من شريكه او من اجنبي [فيكون ذلك الشيء له خاصة ليس لمشاركه منه حصة لكن مع كون رأس مال الشركة في يد احدهما اذا اشترى مالاً من جنس تجارتها ولو بمال نفسه فيصير للشركة] لأنه وكيل بالشراء والوكيل بالشراء ليس له الشراء لنفسه ولو اشهد . [مثلاً اذا عقد الشركة اثنان على تجارة البز فاشترى

احدهما حصاناً بمال نفسه فيكون له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان لكن اذا اشترى ثوب بز فيكون للشركة ولو اشهد حال شرائه بأن قال هذا الثوب اشتريته لنفسى ليس لشريكى فيه حصة لا يفيد ويكون ذلك الثوب مشتركاً بينه وبين شريكه .

مادة ١٣٧٧ [حقوق العقد انما تعود الى] الشريك [العاقد] . لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة فلا يطلب الشريك غير العاقد بفعل شريكه . اما حقوق العقد فهي قبض المال المشترا واداء ثمنه وقبض ثمن المبيع وتوكيل آخر بقبضه وتأجيل ثمن المبيع وهبته الى المشتري وبراؤه منه وحط ثمن المبيع بمقابل العيب ورد المال المباع بخيار العيب والأقرار بالعيب . [فاذا اشترى احد الشريكين مالا فقبضه مع تأدية ثمنه فيكون لازماً عليه وحده فمن هذه الجهة كان ثمن المال الذي اشتراه احدهما انما يطالب به هو ولا يطالب شريكه وكذا احد الشريكين اذا باع مالا فقبض ثمنه انما هو حقه ومن الجهة اذا ادى المشتري ثمنه الى الشريك الآخر فيكون برئاً من حصة الشريك الذي قبض الثمن وحده ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد وكذا اذا وكل الشريك العاقد شخصاً في قبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله لكن اذا وكل احد الشريكين شخصاً في بيع او شراء او اجارة فللشريك الآخر عزله] . وكذا اذا اجل الشريك العاقد ثمن المبيع يعتبر بحق الشركة واذا اجل الشريك غير العاقد لا يعتبر واذا بيع المال من الشريكين معاً فليس لأحدهما تأجيل الثمن بدون رضا الآخر . وكذا للشريك هبة المشتري وبراءه من ثمن مال الشركة المباع له عند الطرفين ويضمن الشريك حصة شريكه وليس لغير العاقد ان يهب او يبري أكثر من حصته وكذلك الحط او النزيل .

مادة ١٣٧٨ [الرد بالعيب ايضاً من حقوق العقد فما اشتراه احد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب على الآخر] . وذلك لأن يحصل الرد بالعيب هو ثبوت حق تقض الملك وهذا يثبت لمن باشر العقد .

مادة ١٣٧٩ [كل واحد من الشريكين له ايداع وابضاع] واعارة مال الشركة وتوكيل الآخر بالقبض والسفر بمال الشركة والبيع بالنقد والنسيئة والخط والنزول [واذا كان شريكاً مفوضاً فله الرهن والأقرار بالهن] واستئجار الأجير لحفظ مال الشركة واهداء المال القليل من [مال الشركة وله ان يعطيه مضاربة] لأن المضاربة اقل من المفوضة والعنان [وله عقد الأجرة مثلاً له استئجار دكان واجير لأجل حفظ مال الشركة] كل ذلك اذا لم يكن منهيّاً من شريكه [لكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة يكن ضامناً حصّة شريكه] لأن كل واحد من الشركاء يملك على الشركة في جميع انواعها من التصرفات ما هو من وسائل التجارة وما هو من العقود التجارية دون الشركة .

مادة ١٣٨٠ [لا يجوز لأحد الشريكين ان يقرض آخر مال الشركة مالم يأذن شريكه] له لأن الأمانة ليست من التجارة [لكن له ان يستقرض لأجل الشركة] لأن الاستقراض مبادلة انتفاء وتجارة [ومهما استقرض احدهما من الدراهم يكن دين شريكه ايضاً بالاشتراك] لكن الدائن ليس له الا مطالبة الشريك المستقرض لأنه هو العاقد فإذا ادعى الشريك بأن المال الموجود بيده للشركة هو لدائن كان استقرضه منه او ادعى ان قسماً من المال الموجود بيده له يصدق لأن الشريك امين اما اذا كان لا مال بيده فلا يصدق بقوله ويجب على الدائن اثبات مدعاه ولا يسري اقرار الشريك على شريكه باستهلاك مبلغ القرض (مادة ١٣٨٤) وقد اختلف الفقهاء بجواز الاستقراض من الشريك ووجه اختلافهم يظهر فيما اذا هلك المبلغ المستقرض حيث يضمّنه المستقرض وحده عند من رأى عدم جواز الاستقراض وتضمّنه الشركة عند من قال بجوازه .

مادة ١٣٨١ [اذا ذهب احد الشريكين ليدار اخرى لأجل امور الشركة فيأخذ مصرفه من مال الشركة] اذا كان مأذوناً بالسفر صراحة او مفوضاً تفويضاً عاماً على

شرط ان تكون الديار التي ذهب اليها بعيدة مسافة السفر فلو ذهب لحل يمكنه الرجوع منه لأهله بلا مشقة لا تحسب له نفقة وكذا لو سافر لشغل نفسه وبأثناء ذلك عمل عملاً للشركة يكون مصرفه عليه خاصة .

مادة ١٣٨٢ [اذا فوض احد الشريكين] بشركة المفوضة [امور الشركة الى رأي الآخر قائلاً اعمل برأيك او اعمل ما تريد فله ان يعمل كل شيء من توابع التجارة فيجوز له رهن مال الشركة] بمقابل دين الشركة [والأرتهان] بمقابل مال الشركة من الدين عند الآخرين [لأجلها والسفر بمال الشركة] سواء كان المال يحتاج حمله لمؤنة او لا يحتاج [وخلط مال الشركة بماله وعقد الشركة مع آخر لكن لا يجوز له ائتلاف المال ولا التملك بغير عوض] ولا الأقرض [الا بصريح اذن شريكه مثلاً لا يجوز له ان يقرض مال الشركة ولا ان يهب منه الا بصريح اذن شريكه] . سواء كانت الشركة شركة مفوضة او شركة عنان واذا كانت الشركة مفوضة فللشريك التصرف بدون اذن شريكه ما عدا الأستهلاك والتملك بغير عوض وكذا بشركة العنان فللعاقدين الشريكين ان يتصرف فيما عدا الأستهلاك والتملك بدون العوض ولو بدون اذن شريكه أما الشريك العاقد اذا باع مال الشركة ووهب الثمن الى المشتري او أبرأه منه يجوز له ذلك ويضمن الى شريكه ما وهبه . وكذلك يجوز للشريك ان يهب المال اليسير كالحطب واللحم من مال الشركة ولا يضمن حصة شريكه لأن ذلك معتاد ومتعارف .

مادة ١٣٨٣ [اذا انهى احد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ولا تبع المال نسيئة فلم يسمع وذهب الى ديار اخرى او باع نسيئة فيضمن حصة شريكه من الخسار الواقع] لأنه بمخالفته هذه اصبح غاصباً واذا ربح يكون تمام الربح له واذا خسر يضمن جميع الخسار . واذا عاد بالمال الى بلد العقد تعود له يد الأمانة واذا نهاه شريكه عن البيع بالنسيئة وباع يكون البيع نافذاً بحصته وموقوفاً بحصة شريكه فإذا لم يجر الشريك هذا البيع يفسخ .

مادة ١٣٨٤ [إقرار احد الشريكين شركة عنان بدين] او بعين [في معاملاتها لا يسري الى الآخر فإذا أقر بأن هذا الدين] او هذا العين [انما لزم بعقده ومعاملته خاصة فيكون ايفاؤه بتمامه لازماً عليه وان اقرّ بأنه دين لزم في معاملتهما معاً يكون لازماً عليه تأدية نصفه وان اقرّ بأنه دين لزم معاملة شريكه خاصة لا يلزمه شيء] .
لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة والأقرار لا يسري على غير المقر .

« المبحث الثاني »

(في بيان مسائل عائدة الى شركة الأعمال)

هذا النوع من الشركة مشروع عند ابي حنيفة وفريق من الفقهاء ومن جعلتها استحقاق الغنائم بالحرب بإشتراك العمل وقال زفر والشافعي بعدم مشروعيتها اصلاً لأن الشركة انما هي على المال والمضاربة خارجة عن القاعدة للنص والأجماع عليها والحاجة اليها ، فأقول ان إقرار الرسول عمل الصحابة بتقسيم الغنائم هو حجة عليهما ايضاً والحاجة ماسة الى هذه الشركة اكثر من غيرها عند فقدان رؤوس الأموال .

مادة ١٣٨٥ [شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال] لمدة وبدونها ويمكن واحد او بأمكنة متعددة سواء كان الشركاء عالمين بالصناعة المتفق عليها او غير عالمين انما يجب ان تكون الشركة معقودة على صناعة حلال لا ان تكون منعقدة على الغصب والسرقة او الغناء والتنجيم . ويجب ان تكون معقودة على ما تصح به الوكالة لذلك لا تعقد شركة الأعمال على التساؤل والشهادة واكتساب المباحات واخراج المعادن والمجوهرات (مجمع الأنهر) . ويجب على الشركاء ان لا ينفوا صلاحية العمل عن احدهم اما لو شرط العمل على احدهم لا تنفس الشركة .
[فالأجير ان المشترك كان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متفاضلين او متساوين في ضمان العمل يعني

سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً أو شرطاً ثلث العمل مثلاً لأحدهما والثلاثان للآخر والأجرة لهما معاً .

مادة ١٣٨٦ [يجوز لكل واحد من الشريكين تقبل العمل وتعهد و يجوز أيضاً ان يتقبل واحد وآخر يعمل ويجوز أيضاً للخطاطين المشترين شركة صنائع ان يتقبل احدهما المتاع ويقصه والآخر يخطه] ولا تصح هذه الشركة اذا شرط العمل على المتقبل وحده حيث لا يوجد من الآخر لا عمل ولا ضمان يستحق الرجوع بمقابلته .

مادة ١٣٨٧ [كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل فالعمل الذي تقبله احدهما يكون ايفاءه لازماً عليه وعلى شريكه أيضاً فعنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة في ضمان العمل حيث ان العمل الذي تقبله احد الشريكين يطلب ايفاءه المستأجر من ايهما أراد وكل واحد من الشريكين مجبور على ايفائه فليس لأحدهما ان يقول هذا العمل تقبله شريكي فأنا لا أخالطه] . لأنهما وكلاء لبعضهما بعضاً وأقرار احدهما بقبض الأجرة يسري على الشركة لانها كالمفاوضة (بحر) .

مادة ١٣٨٨ [عنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة في اقتضاء البذل أيضاً يعني يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بتمام الأجر واذا دفعه المستأجر الى اي منهما بريء] . لأن كل واحد منهم مسؤول بالعمل وله صلاحية الاستيفاء تهماً للمفاوضة وبعده يجب على القابض تسليم الشريك حصته .

مادة ١٣٨٩ [لا يجبر احد الشريكين على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمل به بيده وان شاء يعرضه لشريكه أو لآخر اكن ان شرط المستأجر عمله بالذات يلزمه حينئذ عمله راجع المادة (٥٧١)] والأصل ان يسان العامل ليس بشرط واذا تعين يجب اعتبار التعيين والتخصيص لتفاوت أبناء الصنعة الواحدة في درجات القانما .

مادة ١٢٩٠ [يقسم الربح الشركاء بينهم على الوجه الذي شرطوه يعني ان شرطوا تقسيمه متساوياً يقسموه متساوياً وان شرطوا تقسيمه متفاوتاً كالثلث والثلثين مثلاً تقسم حصتين وحصاة] . سواء كانت الحصاة الكثيرة للشريك العامل او للشريك غير العامل لأن الشريك غير العامل يستحق الربح بتقبل العمل وهذا منحصر بشركة العنان اما شركات المفاوضة فيجب تقسيم الربح فيها بالتساوي .

مادة ١٣٩١ [اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جائزاً مثلاً اذا شرط الشريك ان يعمل متساوياً وان يقسم الكسب حصتين وحصاة كان جائزاً لأنه يجوز ان يكون احدهما امهر في صنعته واصنع في العمل] . وكذلك يجوز ان يكون صاحب الحصاة الزائدة من الربح اقل مهارة واقل عملاً من شريكه الآخر .

مادة ١٣٩٢ [الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة فإذا عمل احد الشريكين وحده والاخر لم يعمل كما لو مرض او ذهب الى محل او جلس بطالاً فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه] .

مادة ١٣٩٣ [اذا تلف او تعيب المستأجر فيه بصنع احد الشريكين فيكون ضامناً بالأشتراك مع الشريك الآخر والمستأجر يضمن ماله ايأ شاء منها ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان مثلاً اذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدا مناصفة فيقسم الخسار ايضاً مناصفةً واذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدا ثلثين وثلثاً يضمن الخسار ايضاً حصتين وحصاة] .

مادة ١٣٩٤ [عقد شركة الحمالين على التقبل والعمل على الأشتراك صحيح] واذا عقدوا الشركة على العمل فقط تكون فاسدة لعدم شرط التقبل واذا عقدت الشركة بينهم على التقبل والعمل لا يشترط في العمل تقبلهم جميعاً .

مادة ١٣٩٥ [اذا عقد الشركة اثنان بأن يقبلا العمل على ان الدكان من احدهما والآلات والأدوات من الآخر فيصح] . وتصح هذه الشركة بجميع أنواع الصنائع . واذا عقدت الشركة بين اثنين على ان تكون الأدوات من احدهما والعمل من الآخر فلا تصح الشركة والأجرة للعامل ولصاحب الأدوات اجر المثل لأن هذه الشركة تكون من احد الشريكين عملاً ومن الآخر عيناً فلا ينطبق على شركة الاعمال .

مادة ١٣٩٦ [اذا عقد اثنان شركة الصنائع على ان الدكان من احدهما ومن الآخر العمل فيصح راجع مادة ١٣٤٦]

واعلم بأن الشركة المنعقدة بظاهر هذه المادة هي شركة فاسدة ويجب تقييدها بتقبل صاحب الدكان العمل على ما هو مفهوم من المادة ١٣٤٦ المستند اليها في هذه المادة ولا يجوز اذا العمل فيما جاء في هذه المادة وقد جاء في البحر له سفينة فاشترك مع اربعة على ان يعملوا فيها فالربح له وعليه اجر مثلهم .

مادة ١٣٩٧ [اذا عقد اثنان شركة الأعمال لأحدهما بغل وللآخر جمل على تقبل وتعهده نقل الحمولة متساوياً فيصح ويقسم الكسب الحاصل والأجرة بينهما مناصفةً . ولا ينظر الى زيادة حمل الجمل لأن استحقاق البذل في شركة الأعمال يكون بضمان الشريكين العمل لكن اذا لم يعقد الشركة على تقبل العمل بل على ايجار الجمل والبغل عيناً ونقسم الأجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة واي يؤجر من بغل او جمل تكون اجرته عائدة الى صاحبه لكن اذا اعان احدهما الآخر في التحميل والنقل فيأخذ اجر مثل عمله] . بالغاً ما بلغ عند محمد . ويشترط ان لا يتجاوز اجر مثله نصف الأجرة المأخوذة عن الدابة عند ابي يوسف واذا آجرا الدابتين صفقة واحدة وبعقد واحد يقسما الأجرة بنسبة اجر مثل الدابتين

مادة ١٣٩٨ [اذا عمل شخص في صنعة هو وابنه الذي في عياله فكافة الكسب

لذلك الشخص وولده يعد معيناً له كما اذا أعان شخصاً ولده الذي في عياله حال غرسه شجرة فتلك الشجرة تكون للشخص ولا يكون ولده مشاركاً له .

وكذا لو ادعى الأولاد الذين في عيال ابيهم بأن موجودات الدار لهم لا يصدقوا بدون بينة ولا يملكون سوى لبس بدنهم . اما اذا كان الولد يشغل بصناعة غير صناعة ابيه او كان ورث احداً او كان ساكناً منفرداً عن ابيه لا بعيله فلا يكون ربحه لأبيه ولا يقال بأن لا مال له . وكذا الحكم في الزوجة الساكنة مع زوجها فأنها تعد من عياله وكسبها له وتعد معينة له . ومثل الأبن الأخ الصغير مع الكبير والزوجة مع الزوج اذا لم يكن ذا صناعة خاصة وكذا من كان ليس في العيال من الأولاد والأخوان اي من كان قادراً على الكسب لنفسه وسقطت نفقته يستحق اجر المثل .

(المبحث الثالث)

(في بيان مسائل عائدة الى شركة الوجوه)

لقد اغفلت المحلة تعريف هذا النوع من الشركات اكتفاء بما ذكرته ضمن التقسيم في المادة ١٣٣٢ ولم تكلف بمثل ذلك في شركة الأعمال لأنها غامضة بالنسبة الى هذه الشركة وقد اختلف الفقهاء بمشروعية هذه الشركة فقال مالك والشافعي بعدم مشروعيتها لأنه ليس فيها مال ولا عمل مع وجود الغرر بعدم محدودية الكسب الحاصل منها لا لصناعة ولا لعمل معين وقال ابو حنيفة بمشروعيتها لأنها تحتوي على عمل وهو السخول في عقود الاسترباح وهذا هو الصواب الموافق لأحتياجات العصر .

مادة ١٣٩٩ [كون حصية الشريكين على التساوي في المال المشتري ليس بشرط مثلاً كما يجوز كون ما اخذاه من المال بينهما على المناصفة يجوز ايضاً ان يكون ثلثين وثلث] .

مادة ١٤٠٠ [استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان] اي بضمان اثنين .

مادة ١٤٠١ [ضمان ثمن المال المشتري يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه]
اما المطالبة فتتخصر بالشريك العاقد وله الرجوع على شريكه .

مادة ١٤٠٢ [تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشتري واذا شرط الى واحد زيادة على حصته في المال المشتري فيكون الشرط لغواً ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشتري مثلاً اذا شرط كون الأشياء المأخوذة بينهما مناصفة فيكون الربح ايضا بينهما مناصفة وان شرط كونها ثلثين وثلثا كان الربح ايضا ثلثين وثلثا لكن في حال مشروطة الأشياء على النصفية اذا شرطاً تقسيم الربح ثلثين وثلثاً فهذا الشرط لا يعتبر ويقسم الربح بينهما مناصفة .
وبهذا تفترق شركة الوجوه عن شركة العنان

مادة ١٤٠٣ [يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشتري سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد او باشره احدهما وحده مثلاً الشريكان شركة وجوه في صورة خسارهما في الأخذ والأعطاء اذا عقدا الشركة على النصفية بينهما في المال المشتري فيقسم الخسار بينهما ايضا على التساوي واذا عقدا الشركة على كون الحصة ثلثين وثلثا في المال المشتري يقسم الضرر والخسار ايضا ثلثين وثلثا سواء اشتريا المال الذي خسراه بالاتحاد او اشتراه احدهما وحده لأجل الشركة] لأن الشركة لتضمن الوكالة في جميع انواعها .

«الباب السابع»

(في حق المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول)

المضاربة ثابتة بالسنة لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقر الناس على شركة المضاربة ولم ينههم عنها وثابتة أيضاً بالأجماع لأن أكثر الصحابة تعاملوا بها وثابتة أيضاً بالأحتياج لأن الفقير العامل يحتاج الى دراهم وتقود الغني فتعتقد مثل هذه الشركات التي تعود بالربح على الفقير لعمله وعلى الغني لماله .

* الفصل الأول *

(في بيان تعريف المضاربة وتقسيمها)

مادة ١٤٠٤ [المضاربة نوع شركة] في الربح [على ان رأس المال من طرف والعمل من الطرف الآخر ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب] فتعتقد من اثنين فأكثر كما يستفاد من عبارة (ان رأس المال من طرف والربح من طرف آخر) المذكورة في هذه المادة . ويجب فيها ان يكون العمل من المضارب فقط فاذا اشترط على ان يكون العمل من رب المال تفسد المضاربة ونقلب الى قرض اذا اشترط الربح كله الى المضارب والى بضاعة اذا اشترط الربح الى رب المال ويجب ان يكون الاشتراك في الربح لا برأس المال فاذا اشترط ان يكون للمضارب حصة من رأس المال فسدت المضاربة .

مادة ١٤٠٥ [ركن المضاربة الأيجاب والقبول مثلاً اذا قال رب المال للمضارب خذ هذا رأس مال مضاربة فاسع واعمل على ان الربح بيننا مناصفةً او ثلثين وثلثاً او قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقولهم خذ هذه الدراهم واجعلها رأس مال والربح بيننا على نسبة كذا مشترك وقبل المضارب فتكون المضاربة منعقدة .]

واذا لم يقولا قولاً يفيد المضاربة ولم يذكر شروطها كاعمل من احدهما واتفاقهما على الربح لا نشق المضاربة ويكون العقد اجارة فاسدة فيستحق الأجير اجرة عمله ويكون ممنوعاً من بيع ما اشتراه بدون اذن صاحب المال .

مادة ١٤٠٦ [المضاربة قسماً احدهما مضاربة مطلقة والآخر مضاربة مقيدة]
التقييد عزل نوعي يجب وقوعه عند عقد المضاربة او اثناء الشركة عند ما يكون رأس المال نقوداً والا لا يعتبر كمن اشترط على شريكه ان لا يبيع نسيئةً فأذا وقع هذا التقييد حين العقد او لما كان رأس المال نقوداً يعتبر واذا وقع لما صار رأس المال عروضاً لا يعتبر لأنه عزل والمضارب لا يعزل ومال الشركة عروض ويعتبر التقييد بحق النقود الموجودة .
ويجب على المضارب مراعاة التقييد اذا كان مفيداً والا لا كالنهي عن البيع فقداً فإنه لا يعتبر ويكون النهي تارة مفيداً من جهة كالأمر بالبيع بأحدى شوارع المدينة دون غيرها فحكمه على ما سيأتي في هذا الكتاب .

مادة ١٤٠٧ [المضاربة المطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بائع ولا مشترٍ واذا تقيدت بواحد من هذه فتكون مضاربة مقيدة مثلاً اذا قال في الوقت الفلاني او في المكان الفلاني او اشتر الأموال الفلانية او عامل فلاناً وفلاناً او اهالي البلدة الفلانية فتكون المضاربة مقيدة] .

واذا اختلف رب المال والمضارب بالتقييد وعدمه فقال رب المال قيدتك بنوع من التجارة وقال المضارب لا انا مطلق فالقول للمضارب مع اليمين لأن الأصل في المضاربة الأطلاق واذا اقاما البينة ينظر فاذا كانا يدعيان العقد بتاريخ واحد فالبينة لرب المال واذا ادعيا العقد بتاريخ مختلفة فالبينة بينة مدعي التاريخ المؤخر . واذا انفقا على التقييد واختلفا بنوعه فاذا قال رب المال اذنتك بأن تشتري سكرًا وقال المضارب لا اذنتني بأن اشتري صابوناً فالقول قول رب المال لانه هو المسلم وهو الآذن والبينة للطرف الآخر ما لم يعينا تناواريخ مختلفة فتعتبر اذ ذاك البينة المؤخرة التاريخ .

❖ الفصل الثاني ❖

(في شروط المضاربة)

شروط المضاربة هي اهلية رب المال للتوكيل واهلية المضارب للوكالة وان يكون رأس المال ثمنًا ومعلومًا عند العاقدين ومن الأعيان وان يسلم الى المضارب وان يكون الربح شائعًا وان تكون حصة رب المال والمضارب من الربح معلومة عند العقد وان تكون حصة المضارب من الربح فقط .

كل شرط يوجب الجهالة في الربح او يوجب كل العمل او قسما منه على رب المال او يجعل حصة الارباح مرددة يفسد المضاربة والا يكون الشرط باطلاً والمضاربة منعقدة كاتفاق الشريكين على ان يكون الخسار على المضارب او عليهما .

مادة ١٤٠٨ [يشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة] .

مادة ١٤٠٩ [شرط رأس المال كونه مالاً صالحاً لرأس مال الشركة]

راجع الفصل الثالث من باب شركة العقد فلا يجوز ان يكون العروض والعقار والدين في الذمم رأس مال في المضاربة لكن رب المال اذا اعطى شيئاً من العروض للمضارب وقال بع هذا واعمل بشئ من مضاربة وقبل المضارب وقبض ذلك المال فباعه واتخذ نقود ثمنه رأس مال للأخذ والإعطاء فتكون المضاربة صحيحة كذا اذا قال اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان وقدره كذا قرشاً واستعمله على طريق المضاربة وقبل فتكون صحيحة] .

ولا يجوز اتخاذ الدين الثابت بذمة المضارب ايضاً رأس مال خلافاً للمال المغصوب والمودوع والمستبضع ولا تعقد المضاربة بنقود العين بمبلغ وتسليمها الى المضارب وتكليفه بان يتاجر بثمنها .

مادة ١٤١٠ [تسليم رأس المال الى المضارب شرط] لأن العمل يجب ان

يكون من المضارب والعمل لا يكون الا بقبض المال ولأن المضارب امين والأمانة لا نتم الا

بالتسليم . وإذا اشترط عمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة لأن عمل رب المال يوجب ابقاء رأس المال أو قسم منه لديه وهذا يوجب فساد المضاربة كمن عقد المضاربة حسب وصايته على الصغير مع المضارب واشترط عليه استخدام الصغير يكون افسد المضاربة وجعل المضارب مستحقاً لأجر المثل اما لو عمل رب المال مع المضارب بدون شرط العمل او لو سلم المضارب رب المال شيئاً من رأس المال بدون شرط حين العقد يصح ولا تفسد المضاربة .

مادة ١٤١١ [يشترط في المضاربة كشركة العقد كون رأس المال معلوماً وتعين حصة العاقدین من الربح جزءاً شائعاً كالنصف والثلث لكن اذا عهر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا فيكون مصروفاً الى المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب] .

ويجب أ — ان تكون حصة الربح الى العاقدین فلو اشترطت الى غيرهم او الى ازواجهم فالشرط باطل ٢٠ — يجب ان تكون حصة المضارب من الربح فقط ٣٠ — يجب ان يكون رأس المال معلوماً اما بالأشارة واما بالتوصيف واذا اختلفا بمقداره وكان المال بيد المضارب فالقول قوله . وكذا اذا اختلفا بصفة رأس المال كقول احدهم ان رأس المال فضة وقول الآخر انه ذهب فالقول للمضارب ايضاً . واذا اختلفا بالحصة من الربح فقال رب المال اتفقنا على ان يكون الثلث لك وقال المضارب اتفقنا على ان يكون النصف لي فالقول قول رب المال لان تعين الربح في الاصل يستفاد من جهته ٤٠ — يجب ان يكون الربح جزءاً شائعاً ٥٠ — يجب ان يكون الربح معيناً . لذلك كل شرط يؤدي الى الجهالة في الربح يفسد المضاربة وكل شرط لا يوجب الجهالة في الربح لا يفسدها (راجع مادة ١٤٠٨) .

مادة ١٤١٢ [اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة مثلاً اذا لم تكن حصة العاقدین من الربح جزءاً شائعاً بل تعين لأحدهما من الربح كذا قرشاً] او اشترط ان يكون العمل على رب المال وان يكون رأس المال بيد رب المال [فتفسد المضاربة]

❀ الفصل الثالث ❀

(في بيان أحكام المضاربة)

المضارب أمين ووكيل رب المال بالتصرف بمال الشركة وشريك رب المال بالربح عند حصوله وغاصب اذا خالف شروط رب المال ومستقرض اذا اشترط الربح كله له ومستبضع اذا اشترط الربح كله لرب المال واجير اذا كانت المضاربة فاسدة .

مادة ١٤١٣ [المضارب أمين اذا لم يخالف فرأس المال في يده في حكم الوديعة ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربح فيكون شريكاً فيه]
الا اذا أقرض المضارب جانباً من رأس المال وسلم له وعقدت الشركة معه على الباقي شركة عنان يصير ضامناً للخسار ايضاً وقد ورد في هذه المادة بأن المضارب وكيل رب المال في عمله فلو باع المضارب مالاً واستحق ورجع المشتري على المضارب وضمنه اياه من ماله لعدم وجود مال للمضاربة بيده فيرجع المضارب على رب المال بما دفعه .

المضارب وان كان وكيلاً الا انه يرجع على رب المال بمثل الثمن اذا تلف في يده ولو مراراً عديدة خلافاً للوكيل بالشراء . فإذا تلف الثمن في يده بعد الشراء يدفعه من ماله والسبب في ذلك هو ان الوكيل بالشراء بعد الشراء يصير مديوناً بثمن المبيع الى البائع ويصير الموكل مديوناً له بالثمن فإذا قبضه يكون استوفى دينه واذا هلك يهلك على الوكيل لا على الموكل .

مادة ١٤١٤ [المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد عقد المضاربة يكون مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والاشياء التي تنفرع عنها فأولاً يجوز له البيع والشراء] حتى من رب المال [لأجل الربح لكن اذا اشترى بالغبن الفاحش فيكون اخذه لنفسه لا يدخل في حساب المضاربة ثانياً يجوز له البيع سواء كان بالنقد او بالنسيئة بقليل الدراهم وكثيرها] . ولو بغبن فاحش ولو بغير نوع العملة التي اخذها من رب المال ويجب ان يكون شرائه وبيعه بالنقد فليس له المبادلة بالأعيان بطريق

المقايضة واذا بادل يكون العقد له لا للشركة [لكن يجوز له اعطاء المهلة في المرتبة التي جرى العرف والعادة بها بين التجار والا فليس له بيع الأموال الى مدة طويلة لم تعرف بين التجار ثالثاً يجوز له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه رابعاً يجوز له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء] وبالخصوصية ويتسلم المال ويتسلم رأس المال الى رب المال ولا يقال بأن المضارب وكيل ليس له ان يوكل بالبيع والشراء عملاً بالوكالة بالشراء لأن الوكالة من مقتضى المضاربة ومن مقتضى عادات التجار [خامساً يجوز له ايداع مال المضاربة والايضاع والرهن والأرتمان والأيجار والاستئجار سادساً يجوز له ان يسافر الى بلدة اخرى لأجل الأخذ والعطاء] سابعاً له ان يحيط من ثمن المبيع للعب فيما يتعلق بالتصرفات التي يمكن للمضارب اجراؤها اذا لم ينهه رب المال عنها بصراحة . ويوجد غير هذه التصرفات تصرفات لا يمكن للمضارب اجراؤها الا اذا قال له رب المال تصرف برأيك كما تريد وتصرفات اخرى لا يمكنه اجراؤها الا اذا اذن له رب المال صراحةً كما مر .

مادة ١٤١٥ [المضارب في المضاربة المطلقة لا يكون مأذوناً بمجرد عقد المضاربة بخلط مال المضاربة بماله ولا بأعطائه مضاربةً لكن اذا كان في بلدة من عادة المضاربين فيها خلط مال المضاربة بماله في المضاربة المطلقة فيكون المضارب ايضاً مأذوناً بذلك] .

قلنا ان المضارب لا يملك خلط مال المضاربة بماله لأن الخلط يتضمن الشركة والشركة اكثر من المضاربة والشيء لا يتضمن ما هو اكثر منه .
وقلنا ان المضارب لا يملك عقد المضاربة مع آخر لأن العقد لا يتضمن مثله واذا عقد المضاربة وسلم المال الى المضارب الثاني وتلف المال قبل العمل لا ضمان عليهما لأن المضارب الثاني امين المضارب الأول واذا تلف المال بعد العمل فالضمان على المضارب الأول والثاني ولرب المال الخيار في ذلك عند الأمام خلافاً للوديع لأن الوديع الثاني لا يضمن عنده والفرق بينهما هو ان المضارب الثاني قبض المال لفائدته خلافاً للوديع .

واذا كانت المضاربة الثانية فاسدة فيكون المضارب الثاني اجبراً وأميناً ولا ضمان عليهما .
 وإذا عمل المضارب الثاني في المضاربة الثانية برأس المال فليس لرب المال مشاركتة بالربح .
 وإذا ضمن المضارب الأول رأس مال المضاربة ملكه وصحت المضاربة الثانية ونقسم الأرباح حسب الشروط وإذا خلط المضارب رأس المال برأس مال آخر أو خلط مال مضاربة بمال مضاربة أخرى فإذا خلطها قبل العمل والربح لا يضمن وإذا خلطها بعد الربح يضمن ويضمن حصة رب المال من الربح وإذا كان الربح حاصلًا في أحدهما يضمن الربح الحاصل فقط وكل هذا إذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك أما إذا قال له اعمل برأيك فيجوز له أن يعمل كل شيء من هذه الأعمال .

مادة ١٤١٦ [إذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد فوض الى رأي المضارب امور المضاربة قائلاً له اعمل برأيك فيكون المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله وبأعطائه مضاربة على كل حال] .

أما لا يطرأ خلل ما على حصة رب المال من الربح فإذا كان النصف له والنصف للمضارب الأول وضارب المضارب الأول آخر على الربع فيكون نصف الربح الى رب المال والربع الى كل من المضارب الأول والثاني أما المضاربة الثانية فيجب عقدها مع اجنبي لا مع رب المال فإذا عقدت مع رب المال تكون المضاربة الثانية باطلة والمال بضاعة .

[لكن في هذه الصورة لا يكون مأذوناً بالهبة والأقراض في مال المضاربة ولا بالدخول تحت الدين الأكثر من رأس المال بل اجراء هذه الامور موقوف على صريح الأذن من رب المال] .

وكذا الحكم بالرهن والارتهان واعطاء السندات لأن هذه الاعمال لا يقصد منها الربح بل ان هذه اما اتلاف للمال كالهبة او تصرف لم يسم في العقد فلا يدخل تحت الوكالة .

مادة ١٤١٧ [إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال يعني انه يأخذ ربح رأس ماله وربح مال المضاربة يقسم

بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه] إذا كان المضارب مأذوناً بخطط المال .
 مادة ١٤١٨ [المال الذي اخذه المضارب بالنسيئة زيادة على رأس المال بأذن
 رب المال يكون مشتركاً بينهما شركة وجوه] . ولا يخل بالمضاربة وبقسم
 أرباحها أصلاً .

مادة ١٤١٩ [إذا ذهب المضارب بعمل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد
 فيها فيأخذ مصروفه بالقدر المعروف من مال المضاربة] لأن النفقة للأحتباس كراتب
 القاضي ونفقة الزوجات وإذا سافر رب المال بأمور المضاربة سواء سافر للتجارة او لأستحصل
 ديون الشركة فمصروفه على الشركة اما لو سافر الى بلدة لعمل خاص به ثم سافر
 منها الى بلدة اخرى لعمل الشركة لا يستحق من الشركة الا ما صرفه بين
 البلدين فقط . وإذا كان المضارب شريكاً لأثنين مختلفين شركتين مختلفتين وسافر من اجلهما
 فيأخذ من كل شركة ما يلحقها من المصروف سواء نوى المضارب الإقامة خمسة عشر يوماً في
 المحل الذي سافر له ام لم ينو وهذه المضاريف تخرج من الربح وإذا كان لا ربح في الشركة
 تؤخذ من رأس المال وتقسم من الربح عند حصوله وإذا لم يحصل ربح في الشركة تؤخذ من
 رأس المال ويضمنها رب المال فقط . وإذا كانت المضاربة فاسدة فالمصرف على المضارب فقط
 لأنه اجير وليس له سوى الأجرة . اما المستبضع فنفقة سفره عليه لا على صاحب المال .

مادة ١٤٢٠ [مهما شرط رب المال وقيد بالمضاربة المقيدة يلزم المضارب رعايته] .
 لأن المضارب يتصرف بمال الغير والتصرف على هذا الوجه يعتبر فيه التقيد انما يجب ان يكون
 التقيد مفيداً لا مضرراً فإذا اشترط رب المال على المضارب بأن لا يبيع الانسيئة او بالغبن
 الفاحش لا يعتبر تقبيده (هندية) .

مادة ١٤٢١ [إذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً]
 ولو اجاز له بعد ذلك رب المال [وفي هذه الحال يعود الربح والخسارة في اخذه واعطائه عليه]
 ويكون هذا الربح حلالاً له عند ابي يوسف وغير حلال عند الطرفين وإذا خالف المضارب رب

المال بنصف رأس المال وعمل بأمره بالنصف الآخر يكون غاصباً للنصف فقط [وإذا تلف مال المصاربة] قبل العود الى الوفاق [فيكون ضامناً] وإذا عاد الى الوفاق وتلف لا يضمن فلو سافر المضارب بغير اذن رب المال وخلفاً لنهيده الى بلد اخرى وقبل ان يتصرف برأس المال عاد الى البلد التي وقع الاتفاق على ان يتاجر فيها وتلف المال بيده لا يضمن (بخر) . والحاصل ان مخالفة رب المال للشرط والنهي يكون عزلاً للمضارب ويوجب ضمان الخسار والا فلا .

مادة ١٤٢٢ [اذا خالف المضارب رب المال حال نهيه اياه بقوله لا تذهب بمال المصاربة الى المحل الفلاني او لا تبع بالنسيئة فذهب بمال المصاربة الى ذلك المحل فتلّف المال او باع بالنسيئة فهلك الثمن فيكون المضارب ضامناً] سواء كان هذا النهي وقت العقد او بعده لأن المضارب لا يسوغ له المخالفة فيما نهي عنه صريحاً ولو الى مثله ولو كان المنهي عنه ما يملكه المضارب بمطلق العقد لأنه لا يكون وكيلاً في العمل المنهي عنه .

مادة ١٤٢٣ [اذا وقت رب المال المصاربة بوقت معين فبمضي ذلك الوقت تنفسخ المصاربة] . ولا يكلف المضارب لجمع الديون الا اذا كانت المصاربة راجعة لأن المضارب وكيل فلا يجبر على القيام بالوكالة والعمل بعد العزل ولأن الوكيل متبرع بعمله والمتبرع لا يجبر على اكمال تبرعه . واذا تمتع المضارب عن جمع الديون فعليه ان يوكل رب المال لأن رب المال ليس له القبض بدون التوكيل لأنه ليس بعاقده .

مادة ١٤٢٤ [اذا عزل رب المال المضارب فيلزم اعلامه بعزله فتكون تصرفاته الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل] اذا كانت من جنس رأس المال [لكن اذا كان في يده أموال غير النقود فيجوز له ان يبيعها ويبدلها بالنقود] وكذا العزل الحكمي كوفاة رب البيت الا ان المضارب يتصرف الى حين وصول خبر وفاة رب المال له خلافه لوكالة فانها تسقط لمجرد وفاة

الموكل والفرق بينهما هو وجود حق للمضارب في المضاربة وعدم وجود حق للوكيل فيما هو موكل به . وكذا اذا كان مال المضاربة الذي بيد المضارب من غير جنس رأس المال فله تبديله بجنس رأس المال وليس له تبديله بالعروض . ومتى فسخت المضاربة يجوز تصفيتها وجعلها من جنس رأس المال وتسليمه الى رب المال ويجوز تقويم موجوداتها على رب المال بسعر يوم القسمة . وللمضارب عزل نفسه من المضاربة ولرب المال عزله ايضاً .

مادة ١٤٢٥ [المضارب انما يستحق الربح في مقابلة عمله والعمل انما يكون متقوماً بالعقد فأى مقدار شرط للمضارب في عقد المضاربة من الربح يأخذ حصته بالنظر اليه] . ولا يجوز اشتراط الربح لغير المضارب اذا كان لم يشترط عمله لأن المضارب يستحق الربح بالعمل فليس له ان يطلب حصةً زائدةً ولو عمل عملاً في المضاربة اكثر من المتفق عليه لأن عمله تقوم حين العقد ولأن العمل يقوم بالعقد .

مادة ١٤٢٦ [استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربة الفاسدة] واذا كانت رب المال اثنين ورأس مالهما متساو فيجب تساويهما في الربح ولا يعتبر الشرط اذا اشترط لأحدهما حصة زائدة عن الآخر وبما ان المضاربة الفاسدة بحكم الأجرة [فالمضارب بمنزلة أجيره] اي اجير رب المال لأنه لم يرض بأن يعمل مجاناً و [يأخذ اجر المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق اجر المثل ان لم يكن ربح] . اذ ان المضاربة الفاسدة لا تكون اقوى من المضاربة الصحيحة . وفي رواية مجمع الأنهر ان المضارب في المضاربة الفاسدة يستحق اجر المثل سواء ربحت المضاربة ام لم تربح الا ان رواية الأمام ابى يوسف التي اخذت عنها المجلة هي الراجحة .

واعلم بأن المال علة مادية في استحقاق الربح بما يدخل على المال من التجارة حينما توضع اليد العاملة عليه بأذن صاحبه ولذلك يملك صاحبه جميع الربح ويملك العامل حصة حسب العقد وفيما فسد من المضاربات يملك رب المال جميع الربح لأن فساد العقد لا يبطل الحقائق المحسوسة والمادية اما العمل فهو علة قانونية في استحقاق الربح فيتوقف تأثيرها في المعلول على صحة ما يقوم به من

العقد ومتى فسد العقد لا يكون صالحاً للتقويم ولكنه يدل على ان العامل اعد نفسه للعمل بأجرة فيستحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى عند ابي يوسف و يأخذ اجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد قياساً على قيم الأموال المادية وقول المادة (لا يستحق اجر المثل الخ) هذا قول ابي يوسف لأن المضارب رضي بالعمل بدون اجرة عند عدم الربح قياساً على المضاربة الصحيحة وقال الأمام الأعظم يلزم دفع الأجرة الى المضارب في المضاربة الفاسدة سواء ربح ام لم يربح قياساً على الآدمي المعد للاستغلال .

مادة ١٤٢٧ [اذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب في اول الأمر من الربح فلا يسري الى رأس المال واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة] .

ويحسب التلف من الربح لأن الربح فرع وتابع لرأس المال والهالك ينصرف على التابع سواء كان الربح موجوداً او مقسوماً واذا كان مقسوماً وظهر التلف يرد الربح الموزع الى الشركة ويحسم التلف منه . واذا تلف ما يزيد عن الربح يؤخذ من رأس المال سواء كان التلف حاصلًا من عمل المضارب او بدون عمله لأن مال المضاربة بيده أمانة .

مادة ١٤٢٨ [على كل حال يكون الضرر والخسار عائداً الى رب المال] .
لأنه فرع من رأس المال [واذا اشترط كونه مشتركاً بينهما اي بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط] . لأنه لغو ولا يفسد المضاربة لأنه ليس بشرط يوجب جهالة الشركة .

مادة ١٤٢٩ [المضاربة تنفسخ بأسباب عشرة وهي اولاً : [اذا مات رب المال]
ثانياً : [او المضارب] ثالثاً ورابعاً : [او جن] احدهما [جنوناً مطبقاً] خامساً وسادساً :
اذا حجر على احدهما لسفه وتبذير . سابعاً : انقضاء وقت المضاربة اذا كانت موقته . ثامناً :
اذا عزل رب المال المضارب . تاسعاً : اذا استعفى المضارب . عاشراً : اذا تلف رأس المال قبل

التصرف [تفسخ المضاربة] وإذا مات المضارب وكانت أموال المضاربة عروضاً ينصب الحاكم له وصياً فيبيع الأموال ويصفيها ويقسمها مع رب المال .

مادة ١٤٣٠ [إذا مات المضارب مجهلاً فالضمان في تركته] . وليس لهم حلف اليمين على الرد أو على براءة الذمة بداعي أن مورثهم كان أميناً وهم أمناء مثله ولهم إقامة البرهان على أن مورثهم قال قبل وفاته أنه رد المال إلى رب المال . أما إذا مات المضارب مديوناً فرب المال أحق برأس ماله وربحه من جميع الدائنين إذا كان رأس المال والربح معلوماً . وكذا لرب المال تحليف المضارب على الخيانة المعلومة وإقامة البرهان عليها له تحليفه على الخيانة المجهولة وليس له إقامة البرهان لأن معلومية الشهود به شرط .

« الباب الثامن »

(في بيان المزارة والمساقاة وينقسم إلى فصلين)

✽ الفصل الأول ✽

(في بيان المزارة)

المزارة عقد فاسد عند الإمام الأعظم وصحيح عند الأمامين لأن الرسول (صلعم) عامل أهل خير على نصف المزروعات وقد جوزت للحاجة لأن كثيراً من الناس لا يملكون المال لاستئجار الأرض ولا يملكون الأبقار والبذر فيمكنهم استعمالها في الأراضي المعطاة لهم بطريق المزارة وكذا المساقاة فهي عقد فاسد عند الإمام ولذلك فإن الباب الثامن تحرر على قول الأمامين .

مادة ١٤٣١ [المزارة نوع شركة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر يعني أن الأرض تزرع والحاصلات تقسم بينهما] لذلك فإن أركان المزارة أربعة وهي الأرض والبذر والعمل والبقر فكل مزارعة تعقد على شرط أن تكون الأرض من جهة والعمل والبذر من جهة أخرى أو تكون الأرض والبذر من جهة والعمل والبقر من جهة أخرى أو تكون الأرض والبذر والبقر من جهة والعمل من جهة أخرى فهي صحيحة

لأن الأولى بمثابة استئجار المستأجر الأرض بمقابل اجرة من الحبوب والثانية بمثابة استئجار الخياط على ان تكون الآلة اي الأبرة منه والثالثة بمثابة استئجار الخياط على ان تكون الأبرة من المستأجر وفيما عدا ذلك فالمزارعة فاسدة اما العمل فهو اذا كان من قبيل الزرع والنطس والاسقاء والتعشيب والحفاظة على الزرع فهو على المزارع واذا كان من نوع وضع السماد والحصاد والرجاد والدق فهو على المزارع وصاحب الأرض ويشترط فيه بنسبة حصتها في الحاصلات لان الغرامة بقدر الغنيمة وان اشترط ان يكون ذلك على المزارع جاز عند ابي يوسف لجريان العادة بذلك . واذا كان العمل من نوع نقل الحبوب الى الحواصل فهو على اصحاب الحبوب بعد تقسيمها .

مادة ١٤٣٢ [ركن المزارعة الأيجاب من القبول فإذا قال صاحب الأرض للفلاح اعطيتك هذه الأرض مزارعة على ان حصتك من الحاصلات كذا وقال الفلاح قبلت او رضيت او يقول قولاً يدل على الرضاء او قال الفلاح لصاحب الأرض اعطني ارضك على وجه المزارعة لأعمل فيها ورضي الآخر فنقعد المزارعة] وحكمها هو ملك المنفعة اي ان يملك المزارع منفعة الأرض ويملك صاحب الأرض منفعة العامل حالاً وان يكونا شريكين في الناتج فإذا لم ينتج شيء من الأرض لا شيء للعامل ولصاحب البذر فسخ المزارعة قبل البذر لأنها غير لازمة بحقه ولازمة بحق صاحب الأرض وتلزمها بعد الزرع واذا فسخها المزارع لا شيء له بمقابل نطس الأرض وكرهها لأن النطس والكري من المنافع والمنافع لا تقوم الا بالعقد والعقد في المزارعة بحق الناتج ومتى عدم الناتج لا شيء للمزارع .

مادة ١٤٣٣ [كون العاقدین عاقلين في المزارعة شرط وكونهما بالغين ليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة] لأنها ليست من التبرعات والالتزامات بل هي عقد استرباح كثير الشبه بالأجارة ولذا فقد اخذ حكمها عند فسادها وصح من المميز بالأذن او الأجازة .

مادة ١٤٣٤ [يشترط تعيين ما يزرع يعني ما يبذر او تعميمه على ان يزرع الفلاح ما شاء] لأن الأجرة في المزارعة هي حصة الحاصلات فيجب تعيينها ويجب فيها بيان

جنس البذر اذا كان من غير صاحب الأرض وتجاوز المزارعة بالترديد كقوله للزارع اذا زرعت حنطة فلك كذا واذا زرعت شعيراً فلك كذا .

مادة ١٤٣٥ [يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءاً شائعاً من الحاصلات كالنصف والثلث وان لم تعين حصته او تعينت على اعطائه شيء من غير الحاصلات او على مقدار كذا مداً من الحاصلات فالمزراعة غير صحيحة] .
وقد اشترطت هذه المادة :

١ — ان تكون حصة الفلاح من الحاصلات لأن المزارعة شركة في الانتهاء يجب فيها الاشتراك
٢ — ان لا تكون الحاصلات لأحدهما فقط كما يستفاد ذلك من كلمة (جزءاً) المحورة في هذه المادة .

٣ — ان تكون حصة المزارع معينة لأن البذر اذا كان من صاحب الأرض وجب تعيين حصة المزارع لأنه بحكم الأجير واذا كانت من المزارع وجب تعيين حصة صاحب الأرض لأنها بمقابلة اجرة ارضه .

٤ — ان تكون حصة المزارع شائعة فأذا تعينت مقطوعة كعشرة أمداد مثلاً الى المزارع او حاصلات القطعة الفلانية او حاصلات القطعة التي تسقى من الخرق الفلاني نفس المزارعة . ونفسد ايضاً باشتراط خراج الأرض من الحاصلات وتقسيمها بعد لأن الحصص تصير مجهولة بذلك . ولا نفسد بأخراج خراج المقاسمة منها . وكذا اذا انفقا على ان تكون الحبوب لأحدهما واللتين للآخر (لأمكن تلف شيء دون الآخر) وكذا اشتراطهما على ان يشتركا باللتين او بالحبوب على ان تكون باقي الواردات للطرف الآخر يفسد المزارعة .

مادة ١٤٣٦ [يشترط كون الأراضى صالحة للزراعة] فلا تصح مزارعة الأرض المألحة ولا المستنقع الغير الصالحة للزراعة [ويشترط تسليمها الى الفلاح] لأنه هو العامل . لأن تأمين مقابل العمل ونماء البذر لا يتم الا بصلاحية الأرض للأئمة مع عدم المانع من صخر او مستنقع فيها وتسليمه للعامل شرط ايضاً لأنه لا يتمكن من العمل بدونه وقد زاد

جمهور المتقدمين اشتراط بيان المدة الكافية لاستواء الزرع فلو لم يتبين او تبينت غير كافية فسدت وهو قول الأمامين وقال محمد لا تشترط تعيين المدة بعد تعيين ما يزرع لأن المدة تتعين بالعرف ولا ريب ان المجلة اخذت بهذا القول فجملة الشروط المحررة في المجلة ستة متفق عليها وهي (اهلية العاقلين ، تعيين ما يزرع ، تعيين حصة من لا بذر منه ، كون الحصة جزءاً شائعاً ، صلاحية الأرض للزرع ، تسليمها للعامل) واثنان مختلف فيهما هما (تعيين من عليه البذر ، بيان المدة) .

مادة ١٤٣٧ [اذا فقد شرط من الشروط المذكورة قبل] سواء كانت من شروط الأنعقاد او من شروط الصحة [فتكون المزارعة فاسدة] وذلك عدا الشرط الأول والخامس فإن فقدهما يوجب البطلان اما الشرط السادس فإن فقدته يمنع اجراء العمل فإذا حصل قبل الفسخ يرتفع الفساد .

مادة ١٤٣٨ [كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة تقسم الحاصلات بينهما كذلك] .

والحاصلات امانة بيد المزارع سواء كانت المزارعة صحيحة او فاسدة فإذا تلفت بدون التعدي لا يضمن المزارع واذا ضبطت الأرض المعطاة للمزارع بالاستحقاق فإذا كانت لم تزرع فلا شيء للمزارع وليس له المطالبة بأجرة الحرث والكري واذا كانت مزروعة منه وقلعه المستحق فللمزارع الخيار اما ان يأخذ حصته مقلوعة واما ان يضمن صاحب الأرض قيمة حصته ولها حق القرار في الأرض اي قائمة لأن المزارعة الصحيحة يقصد منها اما تقويم منفعة الأرض اذا لم يكن البذر من صاحبها واما تقويم منفعة العامل اذا لم يكن البذر منه والبقر تابع في الوجهين وقد وجب بدل المنفعة المسمى في العقد الصحيح قليلاً او كثيراً لرضاء العاقلين به اما استحقاق صاحب البذر لحاصلات بذره امر خسي غير موقوف على صحة العقد لأنها نماء ملكه .

مادة ١٤٣٩ [تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وللآخر اجرة ارضه ان كان صاحب ارض وان كان فلاحاً فله اجر المثل] .

ولا فرق بين ان يكون الفساد بسبب فقدان احد الشروط او بسبب كون المزارعة غير منطبقة على حقيقتها الشرعية المحررة في المادة ١٤٣١ وقد اخذ صاحب البذر بجميع الحاصلات لأنها

نماء ملكه فلا يتوقف اخذها على صحة العقد اما الأرض والعامل فحين فساد المزارعة لا يصلح عقدها وانما يكون سبباً في اعداد منافعتها للأستغلال فيجب اجر مثلها .

مادة ١٤٤٠ [اذا مات صاحب الأرض والزرع اخضر فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه واذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ان شاء داوم العمل الى ان يدرك الزرع ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه]
وتنسخ المزارعة بخمسة أسباب الأول وفاة احد العاقدين لأن المزارعة أجارة فتتفسخ بوفاة احد العاقدين ولا يقال بأن نظام أيجار العقار نسخ القول القائل بفسخ الأجارة لوفاة احد العاقدين يشمل المزارعة لأنه ساكت عنها . فالوفاة اما ان تقع قبل الزرع فلا شيء للطرف الآخر واما تقع بعد الزرع فيصار الى ما جاء بهذه المادة . اما اذا اراد وارث المزارع ان لا يعمل فلا يجبر وعندها يجبر صاحب الأرض فأما ان يقطع الزرع واما ان يدفع حصة المزارع منه واما ان يصرف على الزرع بأذن الحاكم حين ادراكه و يعود على المزارع بما صرفه . والثاني فسخ المزارعة من صاحب البذر ولو بدون عذر قبل الزرع . والثالث فسخ المزارعة بالأعذار المبينة في كتاب الأجارة . والرابع اذا مرض المزارع او اراد السفر . والخامس اذا كان المزارع خائفاً يخاف من سرقته .

❀ الفصل الثاني ❀

(في بيان المساقاة)

مادة ١٤٤١ [المساقاة نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمرة بينهما] .

قوله اشجار من طرف يخرج منه البيع لأن البيع تملك العين . ويراد بالأشجار النبات الذي يبقى في الأرض اكثر من سنة سواء كان مثراً او غير مثمر فلا تعقد المساقاة على البصل والزعفران والبالونجان والقصب وما ماثلاً . وقوله التبرية من طرف آخر يستثنى منه الأشجار لأن المقصود

من الأجرة هو الأثنا في المأجور والمعقود عليه في المساقاة هو العمل فيما وقع الاتفاق على العمل فيه .

وقوله الثمرة يستثنى منه المزارعة .

والقصد من الترية هو ان تقع بحق الأشجار التي تحتاج الى الترية والا اذا كانت الأشجار لا تحتاج الى الترية وتعطى الثمرة بدونها فلا تمنع المساقاة بها لأنه لو جازت المساقاة بمثل هذه الأشجار لوجب منفعة المساقى بدون عمله وهذا لا يجوز (خاليه) . اما اذا كان القصد من المساقاة الحفظ وكانت الأشجار تلتف بدونها فلنمنع المساقاة بحقها وتكون صحيحة .

وكذا لا تجوز المساقاة بعد ادراك الأثمار لأن تربيتها وحفظها يكون قد تم ولا فائدة من المساقاة . ولا تمنع المساقاة مع الشريك بالشجر اذا شرط له حصة زائدة لانه اذا عمل يكون عمل بحصته في الأصل وبحصة شريكه بالتبعية وتمنع به بدون اشتراط حصة زائدة له (هندية) . وليس للمساقى ان يساقى غيره على الأشجار الا اذا كان مأذوناً بذلك لأن الدفع الى غيره اثبات شركة له بدون اذن صاحب المال .

مادة ١٤٤٢ [ركن المساقاة الأيجاب والقبول فإذا قال صاحب الأشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على ان تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل يعني الذي يربي الأشجار فنمنع المساقاة] .

وصفتها هي الزوم على الجانبين خلافاً للمزارعة لأنها ليست بلازمة بحق رب البذر قبل الزرع وشروطها : كشروط المزارعة وهي اهلية العاقدين وبيان نصيب العامل وتولية الأشجار وتسليمها والشركة في الناتج وتختلف المساقاة عن المزارعة بأربعة احوال الأول اجبار العامل على العمل في المساقاة وعدم اجباره في المزارعة اذا كان رب البذر . والثاني اذا تمت المزارعة تبقى الأرض بيد العامل بالأجرة وبالمساقاة تبقى الأشجار بدون الأجرة لأن الأرض تؤجر والأشجار لا تؤجر . والثالث اذا ضببطت الأشجار في المساقاة وكانت اثمارها عليها عاد العامل بأجر مثله على اصحابها وبالمزارعة عاد بقيمة الزرع . الرابع بيان المدة في المساقاة ليس بشرط استحساناً وبالمزارعة شرط .

مادة ١٤٤٣ [كون العاقدين عاقلين شرط دون بلوغهما]

مادة ١٤٤٤ [كون حصة العاقدين في عقد المساقاة جزءاً شائعاً كالنصف والثلث شرط ايضاً في الحاصلات كما في المزارعة] . اما لو اشترط ان يزرع المساقى الأشجار ويكون شريكاً لرب الأرض بحصة من الشجر والثمر لا يجوز . ويجب ايضاً ان تكون حصة المساقى شائعة معينة عارية عن التردد وان تكون مدة المساقاة مساعدة لحصول الأثمار وان لا يشترط العمل والتربية او احدهما على صاحب الأشجار وان يشترط الحفظ على العامل بعد تقسيم المحصول وان لا يشترط جمع الحاصلات على المساقى وان لا يشترط عليه شيء من العمل المتعلق بالأرض بعد حصول الثمر واخذه .

مادة ١٤٤٥ [تسليم الأشجار الى العامل شرط] واذا كانت الاشجار المسلمة صالحة لأعطاء الثمر فلا حاجة لبيان المدة ويعتبر المساقى عليه اول محصول يدرك بعد العقد واذا كانت الأشجار صغيرة لا يمكن ان تعطي ثمرة فلا تصح المساقاة بحقها بدون تعيين المدة واذا لم تظهر الثمرة في تلك المدة فلا يستحق العامل شيئاً .

مادة ١٤٤٦ [تقسم الثمرة في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على وجه ما شرطاً] . ولا يطالب احدهما الآخر بشيء اذا لم يحصل ثمرة في الشجر وليس لأحدهما فسخها بدون اذن الآخر وبدون عذر . ويجبر العامل اذا تمتع عن العمل بطلب الطرف الآخر ويجوز فيها الخط والنزيل والزيادة .

مادة ١٤٤٧ [تكون الثمرة الحاصلة في المساقاة الفاسدة بتمامها لصاحب الأشجار ويأخذ العامل اجر المثل] .

ولا يجبر فيها العامل على العمل اما اجر المثل فاذا كان الفساد ناشئاً عن عدم تعيين حصة العامل حين العقد يكون بالغاً ما بلغ واذا كان ناشئاً من الاسباب الاخرى فلا يتجاوز الأجر المسمى عند ابي يوسف خلافاً لمحمد .

مادة ١٤٤٨ تنفسخ المساقاة بوفاة احد العاقدين وبأنقضاء المدة وبضبط الأشجار

بالأستحقاق وبفسخه من احد العاقدين بعذرو بأقالتهم عنها واذا توفي احد العاقدين قبل العمل وقبل حصول الأثمار تكون باطلة اما [اذا مات صاحب الأشجار والثمرة فجأة فيداوم العامل على العمل الى ان تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفي منعه واذا مات العامل فوارثه يكون قائماً مقامه فأن شاء داوم على العمل ولا يسوغ لصاحب الأشجار منعه] واذا اراد العامل ان لا يعمل بعد وفاة صاحب الأشجار واراد قطف الثمر الفج فلورثة صاحب الأشجار الخيار ان شاؤا اقتسموا الاثمار فجأة وان شاؤا دفعوا للعامل قيمة حصته وتملكوها وان شاؤا صرفوا على الأشجار حين ادراكها بأذن الحاكم واقنطفوها واقنطعوا عليه حصته من المصروف واذا توفي العامل وامتنع وارثه من العمل فلصاحب الأشجار الخيار ان شاء اقتسم الاثمار مع الورثة وان شاء اعطاهم قيمة حصتهم فجأة وان شاء صرف عليها بأذن الحاكم واقنطع ما صرفه بعد ان تنضج .

ناظر المعارف العمومية

امين الفتوى

قاضي دار الخلافة العلية سابقاً

محمد جودت

السيد خليل

سبف الدين

عن اعضاء مجلس تدقيقات الشرعية عن اعضاء ديوان احكام العدية مفتي دار الشورى العسكرية

احمد فلوحي

السيد احمد هلمى

احمد خالد



«لاحقة»

مقابلة بين بعض المواد القانونية في القانون المدني الأفرنسي والتركي وبين مواد المجلة

فيما يتعلق بالشركة

اول ما بدأ به القانون المدني الأفرنسي هو تعريف شركة العقد وهذا ناشئ عن اهتمام الأوربيين بمثل هذه الشركات أكثر من غيرها وبعد ان عرف القانون هذه الشركة قال مانصه : (يجبر كل شريك على ان يضع رأس مال من النقود او من الأموال الأخرى او صنعة) وهذا يدل على ان شركة العقد تكون شركة اموال وشركة اعمال كما هو الحال في المجلة وقد اشترط القانون وجوب اثبات ما تجاوز رأس مالها مائة وخمسون فرنكاً من شركات العقد بمقاولات خطية وهذه خطوة في القضاء توافق ما جاء بقانوننا التجاري وفي المادة ٨٠ وما يليها من قانون اصول المحاكمات الحقوقية فيما يتعلق بالشركات والألتزامات لأنها مانعة لشهادات الزور التي كثرت في أكثر البلدان وقد قسم القانون المدني الأفرنسي شركات العقد الى مفاوضة وعنان وترك شركة الأعمال والوجوه بعد ان ادخلها بعدد الشركات كما مر فصار التقسيم غير جامع لأحكام هذه الشركات ثم عاد وبجث عن اعمال الشركاء وادخل ارباحهم في الشركة وهذا تشويش ظاهر . وقد عرف هذا القانون شركات المفاوضة بقوله (شركة تنقسم الى قسمين : القسم الأول الشركة التي تعقد على الأموال الموجودة ، والقسم الثاني الشركة التي تعقد على الفوائد) ثم ذكر شركات المفاوضة التي تعقد على الأموال الموجودة وعرفها بصورة تنطبق على ما عرفتها به المجلة الا ان هذا التعريف قد ادخل الأموال الغير منقولة في عداد اموال الشركة وهذا مخالف لتعريف المجلة لشركة المفاوضة كما لا يخفى ولم يشترط هذا القانون المساواة التامة بين رأس مال الشركاء كما هو الحكم بشركات المفاوضة في المجلة وقد بجث عن شركة العنان فعرفها تعريفاً شاملاً للأعيان والأرباح ثم ادخل فيها شركة الأعمال والوجوه وهي قريبة من مثلها في المجلة .

ثم بجث عن واجبات الشركاء فيما بينهم فقال مبدأ الشركة يعتبر من تاريخ عقدها ان لم يتعين صراحة وان الشركة تبقى مادام الشركاء احياء اذ لم توقت وهذا موافق لأقوال الفقهاء . وقد اوجب هذا القانون على الشركاء تسليم سهامهم براس مال

الشركة ويظهر من هذا القيدان القانون الافرنسي لم يشترط خلط الأموال واختلاطها وحيث
 اجاز وضع الاعيان المتعينة رأس مال فقد اوجب دوام ملكية الشريك للعين فأذا ضبطت
 بالاستحقاق يكون صاحبها ضامناً للشركاء . وهذا امر لازم ونتيجة ضرورية بعد ان قبل القانون
 الاعيان رأس مال للشركاء . ولما كانت المعاملات التجارية رائجة في الاسواق الأوروبية
 وكان للنقد فائدة عظيمة فأوضح القانون جعل الشريك الذي يتأخر بدفع رأس ماله ان كان نقوداً .
 والشريك الذي يأخذ من صندوق الشركة أموالاً مسوّلاً بدفع الفائدة عن رأس ماله وعما
 اخذه اعتباراً من تاريخ وجوب تسليم رأس المال وتاريخ الأخذ الى حين الاداء والرد واعطى
 للشركاء الآخرين حق المطالبة بالضرر والخسار ايضاً .

وقد اعتبر هذا القانون الاشتراك في الديون فقال ان الشريك اذا قبض جانباً من الدين
 من مديون الشركة لحسابه يجبر على دفع ما قبضه لصندوق الشركة وذلك فيما اذا عجز المديون
 عن اداء ديونه حتى ولو اعطى الشريك القابض وصلاً يشعر بأنه قبض المبلغ من حصته فقط وهذه
 نظرية قريبة من مثلاً في المحلة واقوال الفقهاء لان الديون ثابتة بالذمة فلا يجوز تقسيمها قبل
 القبض الا ان هذا القانون اجاز القبض واوجب الرد عند عجز المديون عن اداء باقي ديونه على
 ان النظرية المدنية يجب ان تكون غير مقيدة بقيد السلامة لأن الاحكام تبنى على اجناس المسائل
 لا على افرادها .

ومما يستحق الذكر هو ان القانون الافرنسي قسم الأعيان الموضوعة في الشركة من احد
 الشركاء او من بعضهم الى قسمين القسم الأول الاعيان التي لا تستهلك ولا تتبدل بمضي
 المدة ومرور الأيام فهذه الأعيان تثلّف على اصحابها وارباحها للشركة والقسم الثاني
 الأعيان التي وضعت للاستهلاك في مصالح الشركة والأعيان التي تتبدل وتغير بمرور الأيام
 فهذه الأعيان ارباحها وفوائدها الى الشركة وتلفها وخسارها على الشركة ولما كانت الأعيان
 كالماكينات والآلات والأدوات والدواب والمواشي وما شابهها من الأمور التي يحتاج اليها في
 الشركات اري ان من واجبنا قبول مثل هذه النظريات بعد ان كثرت المعاملات التجارية
 في بلادنا .

وقد ورد في هذا القانون بأن حصة الشركاء من الربح والخسار تنعين من قبلهم حين العقد

واذا لم تتعين تقسم على نسبة رأس مال كل منهم واذا كان رأس مال احدى عملهم فقط تكون حصته من الربح والخسار بقدر حصة صاحب السهم الأقل من الشركاء وهذا يخالف ما رأيناه في نظريتنا المدنية ولا شك ان صاحب العمل يجب ان لا يواخذ بالخسائر لان الخسارة نظرياً تلحق الأموال ولا تلحق الأعمال الا ان الاعمال التجارية الكثيرة اوجبت اعتبار كل قيد وشرط يدرج في المقالة وقد صار من واجبننا بعدان وضعت المادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية موضع العمل ان نعتبر كل شرط يتفق عليه الشركاء بحق الربح والخسار اذا اشترطوا ذلك والا اعتبرنا الشريك المضارب في حل من الخسار .

ولا يخفى على من تصفح كتاب الشركة في قانوننا المدني ان الشركة عقد غير لازم فيجوز لكل واحد من الشركاء فسخها متى شاء واراد اذا لم تكن مقيدة بمدة معلومة وهكذا القانون الأفرنسي فإنه اعطى لكل واحد من الشركاء حق فسخ الشركة الغير المقيدة بمدة معلومة الا انه شرط لقبول الفسخ شرطان اساسيان هما ان لا يكون الفسخ مبنياً على حيلة وان لا يكون واقعاً بغير آوانه وهذا قريب من المنطق لأن الشريك اذا اراد فسخ الشركة بعدان اشترت برأس مالها اموالاً قابلة للتلف وقبل طلبه هذا يكون قد اضر بالشركة اضراراً فادحة سيما اذا كان رأس ماله عمله وكان في حل من الخسار . وكذا اذا طلب الشريك فسخ الشركة بأمل حصر المنفعة بنفسه فيكون قد تعمد الحيلة لأضرار الشركة وحصر الفائدة بنفسه . وقد اجاز هذا القانون لكل واحد من الشركاء فسخ الشركة ولو كانت منعقدة لمدة معلومة اذ وجد بعض الأسباب المقبولة وهي ابتلاء الشريك طالب الفسخ بعلة لا يمكنه معها الدوام على القيام بمصالح الشركة او ظهور معذرة له تمنعه من الدوام على اعمال الشركة وهذه الاعذار يعود تقديرها لحضرات المحاكم .

وقد اغفل القانون المدني الأفرنسي البحث عن شركات المضاربة وشركات الأعمال وشركات الوجوه بصورة واضحة الا انه قد اكتفى بأدخال شركات الأعمال والوجوه ضمنياً بشركات المفاوضات والعنان لدخول العمل بتلك الشركات وسكت عن المضاربة مكتملاً بالألتزامات والتعهدات التي بحث عنها مفصلاً في مواضع اخرى وسكت عن قضايا الحيطان والجيران وحق الشرب والمرور والمسيل في هذا الكتاب واعتبرها من المواد التي تستخرج من المواد القانونية الباقية ولو بحث عنها مفصلاً كما فعلت المحلة لكان ذلك اوضح واكثر فائدة للطالب اذا لا يجوز ترك مثل هذه المسائل بدون مادة قانونية في بلاد اعتاد اهلها على القوانين

المكتوبة واذا أعطى امر البت فيها للحكام لأخطأوا السبل سيف اعطاء الحكم ولاضطروا الى مراجعة الاجتهادات القديمة والمقررات التمييزية خذ مثلاً القرار الصادر من محكمة حلب النازرة في القضايا الاجنبية فقد حكم به بالاستناد الى مادة القواعد الكلية القائلة المباشر يضمن وان لم يعتمد والقرار الصادر من المحكمة المذكورة الذي حكم بالأثر وفقاً للقانون البيزاني والقرار الصادر من محكمة دمشق النازرة في القضايا الأجنبية المستند فيه الى المادة السادسة والثلاثين من القواعد الكلية والقرار الصادر من محكمة التمييز النازرة في القضايا الأجنبية بدمشق والذي تقض من المفوضية العليا بصورة لا مثيل لها في عالم القضاء فأنت هذه القرارات صدرت ولا شك بسبب عدم وقوف الحكام الأفرنسيين على القوانين المحلية فإذا كانت المحلة ناقصة وكان الحاكم يجهل عادات البلاد لا شك يصدر أحكاماً متناقضة توجب سقوط قيمة القضاء بنظر الأهليين ومن واجب الحكومة محافظة القوانين وانقاء الحكام لأن العدل أساس الملك .

أما القانون المدني التركي فإنه اقتصصر في كتاب الشركة على البحث بالشركات العادية وعرفها (هي عقد يلتزم فيه شخصان او اكثر توحيد سعيهم ومالهم للوصول لغاية واحدة) فهذا تعريف عصري لكنه لا يتضمن شركات المضاربة ولا شركات تقبل الأعمال بصورة واضحة لأن المضاربة اذا دخلت تحت التعريف بكلمة السعي فتقبل العمل لا يدخل تحتها وقد اعتبر المقاولات التي تعقد بين الطرفين لتقسيم الربح والخسارة مطلقاً ووجب عند عدم وجود اتفاق تقسيم الربح والخسارة بنسبة رأس مال كل واحد من الشركاء واذا عينت حصة الشركاء في الربح ولم تعين الخسارة تعتبر في حصة الخسارة بنسبة حصة الربح وهذا يخالف المحلة لأن الخسارة لا يلحق العمل ولا يلحق الشريك المضارب .

وقد اودع هذا القانون العمل في هذه الشركات الى جميع الشركاء كما هو مفهوم من القانون المدني الأفرنسي وأجاز حصره ببعضهم اذا انفقوا على ذلك ومنعهم من الأشتغال بالأمر التجاري الذي اخذوه على عاقبتهم بصورة افرادية غير داخلية في الشركة لما هنالك من رواج المنافع الشخصية والغايات السفيلة وأعطى هذا القانون الشركاء حق تدقيق دفاتر الشركة وأعمالها حتى المنوطة بغيرهم وهذا ناشئ عن توسع فساد الأخلاق في البلاد لأن القانون الجديد ينظر فيه حين وضعه الى الأحتياجات الحاضرة ومثل ذلك ما ورد بحثه في هذا القانون بحق فسخ الشركة وأبطالها اذا كانت غير مقيدة بمدة فإن واضع القانون امر الشريك الذي يطلب

الفسخ ان يجبر شركائه قبل الفسخ بستة اشهر بشرط ان لا يقع الأخبار بزمان غير مناسب وان يكون ناشئاً عن حسن نية وقد بحث هذا القانون عن تصفية الشركات عند فسخها وبحث عن حقوق الأشخاص الثالثة في الشركة حتى بعد فسخها فحفظ بذلك حق الشركاء وحق من عاملهم بشركاتهم وهذا منشأه الاحتياج كما قلنا ولا يخالف أقوال الفقهاء كما بحثنا في شرح شركائنا انما مثل هذه الأبحاث بقيت عندنا نظرية مستندها قول الشارح وقول الفقهاء والمآخذ الأصلية وفي هذا القانون مستندها قوة القانون وتمثيله عموم الشعب والسلطان القومي ولا شك ان التصريح اقوى من الدلالة .

== انتهى ==



الكتاب الحادي عشر

(في الوكالة ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب)

المقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية)

الوكالة ثابتة بقوله تعالى (فابعثوا احداكم بورككم هذا الى المدينة) وبعمل الرسول (صلعم) وارساله وتوكيله حكيم ليشترى له اضحية وبأجماع الأمة . وهي معقولة ايضاً لأن للأنسان ان يوكل غيره فيما يعجز عن اجرائه والأنسان مدني الطبع يحتاج الى من يعينه في عمله . وهي من التصرفات المعروفة عند الأمم القديمة واصل من اصول التضامن الاجتماعي واساس من اسس عوامل الحياة وحاجة من حاجات البشر العامة جرى عليها تعامل الامم واقرها الاسلام كما ذكر ذلك بالكتاب والسنة والأجماع .

مادة ١٤٤٩ [الوكالة تفويض احد امره الى آخر] .

فيما يجوز له التصرف فيه وفيما هو قادر على اجرائه من المعاملات بالنظر لأهلية نفسه ولأصل التصرف بناءً ببق له حق التصرف . [واقامته مقامه ويقال لذلك الشخص موكل ولمن اقامه مقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به] . وفي المجلة الحقوقية المصرية (التوكيل اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) وهو بلا ريب اعم من تعريف مجملنا لأنه يشمل كل ما يدخل تحت احكام الوكالة .

ايضاح القيود : قلنا فيما يجوز له التصرف فيه فاذا كان الموكل ليس له التصرف في الاصل لا يصح توكيله كتوكيل الصغير غير المميز لهبة المال . وقلنا لأهلية نفسه اي ان الوكالة

علقت بالوكيل فليس له توكيل غيره بدون الأذن والتصريح .
 وقلنا بالنظر لأصل التصرف أي يجب أن يكون الموكل قادراً على أصل التصرف كالبيع والهبة وخلافه لا الربا أما العوارض فلا تمنع التوكيل فيجوز للمسلم أن يوكل الذمي ببيع الخنزير لأن المسلم ممنوع من بيعه بنهي عارض .

وقلنا من المعاملات فليس له التوكيل لاستيفاء القصاص كما سيبين بشرح المادة ١٤٥٩
 وقلنا بناءً على حق التصرف وذلك احترازاً من الوصية لأن الوصية ينتقل بها حق إلى الوصي التصرف .

وقلنا بتفويض أحد أمره إلى آخر والا إذا عمل الوكيل لنفسه بطلت الوكالة . يستثنى من ذلك قول الموكل للوكيل وكنتك بان تبرأ نفسك فنقع الوكالة ويصح الأبراء .

مادة ١٤٥٠ [الرسالة هي تبليغ أحد كلام الآخر إلى غيره من دون أن يكون له دخل في التصرف ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل إليه]
 أي أن الوكيل يباشر العقد والرسول يبلغه والوكيل لا يجبر على إضافة العقد إلى موكله أما الرسول فهو مجبور على إضافة العقد إلى مرسله وليس له إلا التبليغ وقد قال الله تعالى (يا أيها الرسول بلغ ، وما أنت عليهم بوكيل) .

ونفترق الوكالة عن الرسالة أولاً — بما ورد في هذه المادة — ثانياً — حقوق العقد بالوكالة راجعة إلى الوكيل وبالرسالة إلى المرسل — ثالثاً — إذا عزل الوكيل يتصرف إلى أن يبلغه خبر العزل أما الرسول يمتنع عليه التصرف بمجرد العزل — رابعاً — الوكيل بالخيار بإضافة العقد لنفسه أو لموكله أما الرسول فهو مجبور على إضافة العقد للمرسل — خامساً — الوكالة نعتقد بالفاظ الوكالة والرسالة نعتقد بالفاظ الرسالة على الأكثر .

وبما أن الرسالة تتضمن العمل في بعض الأوقات فكان من الواجب زيادة (أو قيامه بعمل مقام آخر) في تعريف هذه المادة ليكون تاماً . وقد أغفلت المجلة تعريف المأمور مطلقاً وهو الشخص المكلف من قبل غيره بأجراء تصرف مدني بالأمر .

« الباب الأول »

(في بيان ركن الوكالة ونقسيهما)

مادة ١٤٥١ [ركن التوكيل الأيجاب والقبول وذلك بأن يقول الموكل وكلتك بهذا الخصوص فاذا قال الوكيل قبلت او قال كلاماً يشعر بالقبول فننعتقد الوكالة كذلك لو لم يقل شيئاً وتشبث بأجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لأنه يكون قد قبل الوكالة دلالةً ولكن لو ردها الوكيل بعد الأيجاب لا يبقى له حكم بناء عليه لو قال الموكل وكلتك بهذا الخصوص ورد الوكيل الوكالة بقوله لا اقبل ثم باشر بأجراء الموكل به لا يصح تصرفه] .

وننعتقد الوكالة ايضاً بلفظ الأذن والأمر والشئنة والرضاء والارادة والتسليط وبكل ما يفيد التوكيل . والوكالة ليست بعقد لازم فلا يصح بها خيار الشرط كما هو منفصل بشرح المادة ٣٠٠ من المجلة وهي لا تثبت مستقلاً وبدون حادثة اخرى . ولا يشترط على الوكيل ان يقبلها في مجلس التوكيل وله ان يقبلها قولاً او فعلاً بعد ذلك لأن الوكالة لا يتوقف صحتها على القبول وترد بالرد (تكلمة)

مادة ١٤٥٢ [الأذن والأجازة توكيل] لأن الأذن لفظ دال على معنى الوكالة والأجازة لتوقف على صحة العقد الفضولي .

١٤٥٣ [الأجازة الملاحقة في حكم الوكالة السابقة مثلاً لو باع احد مال الاخر فضولاً ثم اخبر صاحبه فأجازته يكون كما لو وكله اولاً) . الأجازة تلحق العقد الفضولي ولا تلحق العقد الصحيح ولا العقد النافذ لذلك اذا فسخ صاحب المال البيع الفضولي ثم أجازته واذا فسخ المالك الأجرة الفضولية ثم أجازها لانفع الأجازة ولا يصح عقد البيع والأيجار . وكذا اذا اشترى رجل مالاً لا آخر حسب وكالته ثم انكر الوكالة وصادقه البائع على ذلك بطل

البيع ولا يملك الموكل المبيع بالأجازة وكذا اذا اشترى رجل مالاً فقال البائع حين البيع انه باعه اياه بالأضافة الى آخر فقال المشتري قبلت البيع وكذا اذا اشترى رجل مالاً بالأضافة لآخر وباعه اياه البائع لنفسه فالبيع باطل ايضاً .

اما الأتلاف فهو مستثنى من هذه المادة ولا تلحقه الأجازة فإذا اتلف رجل مالاً لآخر وأجاز له اتلافه لا يخلص من التضمين الا اذا كان المتلف لقطة تصدق بها المتلقط وبراء منها تبرأ ذمته .

مادة ١٤٥٤ [الرسالة ليست من قبل الوكالة مثلاً لو أراد الصيرفي اقراض احد دراهم وارسل خادمه للأتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيله بالأستقراض . كذلك الشخص الذي ارسله احد الى السمسار على ان يشتري فرساً اذا قال له ان فلاناً يريد ان يشتري تلك الفرس الفلاني وقال السمسار بعه اياه بكذا اذهب وقل له وسلم هذا الفرس اليه فإذا اتى الشخص وسلم الفرس اليه وقبل المرسل ذلك على المنوال المشروح فينقعد البيع بين المرسل والسمسار ولا يكون ذلك الشخص الا واسطة ورسولاً وليس بوكيل وكذلك لو قال احد للجزار اعط لأجلي كل يوم مقدار كذا لحمًا لخادمي فلان الذي يذهب ويأتي الى السوق واعطاه ذلك على هذا الوجه يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله] .

واذا اختلف البائع والأخذ فقال البائع انك وكيل وقال الآخذ انا رسول ولا بينة لها حلف مدعي الرسالة .

مادة ١٤٥٥ [يكون الأمر مرةً من قبيل الوكالة ومرةً من قبيل الرسالة مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالاً بأمر سيده يكون وكيله بالشراء واما لو اشترى المولى المال من التاجر وارسل خادمه ليأتيه به فيكون رسول سيده ولا يكون وكيله] والفرق بين ان يكون المأمور وكيلًا أو رسولاً هو ان التصرف المالي الذي باشره الشخص

لغيره بتفويضه فإذا أضافه لنفسه كان وكيلًا وترجع حقوق العقد له وإذا أضافه للآخر كان رسولًا وناقلاً عبارة الأمر ورسوله بالقول أو العمل .

مادة ١٤٥٦ [يكن ركن التوكيل مرة مطلقاً يعني لا يكون معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت أو مقيداً بقيد ومرة يكون معلقاً بشرط مثلاً لو قال وكلتك على ان تبيع فرسي هذه اذا اتى فلان التاجر الى هنا وقبل الوكيل ذلك ننعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر ولو وكيل ان يبيع الفرس اذا اتى التاجر والا فلا] لأن المعلق بالشرط لا يقع الا عند وقوع الشرط وكذا اذا رهن المدين ماله عند دائئه بمقابل الدين وو كله يبيع ماله اذا لم يدفع له دينه بوقت معين فليس للمرتهن ان يبيع المرهون قبل حلول الوقت . وكذا الحكم بالوكالة الدورية كقوله وكلتك وكالة دورية كما عزلتك فأنت وكيل فتكون وكالة معلقة ايضاً .

[ومرة يكون مضافاً الى وقت مثلاً لو قال له وكلتك على ان تبيع دواي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك يكون وكيلًا بحلول الشهر المذكور وله ان يبيع الدواب في الشهر المذكور واما قبل حلوله فليس له ان يبيع . ومرة يكون مقيداً بقيد مثلاً لو قال وكلتك على ان تبيع ساعتى هذه بألف قرش تكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع بأقل من ألف قرش] انما يشترط ان يكون القيد مفيداً فإذا قال له بع مالي نسيئة او بغبن فاحش فلا يعتبر هذا التقييد .

التقييد في الوكالة اصل فإذا اختلف الموكل والوكيل بالتقييد والاطلاق فالقول قول مدعى التقييد . وكذا ليس للوكيل بالشراء مخالفة موكله وليس للوكيل بالبيع الموكل بالبيع نقداً دلالة او صراحة ان يبيع نسيئةً وليس للوكيل ان يبيع بدون الرهن وبدون الكفيل اذا قيد بذلك وليس له ان يبيع مال الموكل لغير من امر بالبيع له اذا قيدت وكالته بالبيع من شخص معلوم وليس له ان يبيع المال الموكل ببيعه بغير البلدة التي امر بالبيع فيها واذا نقل المال لبلد اخرى وتلف يضمن وليس للوكيل بالشراء ان يشتري المال الموكل بشرائه بأكثر من المبلغ المعين له

لشبهة وإذا كان التقييد مفيداً من جهة وغير مفيد من جهة أخرى وقيد الموكل الوكيل بها أو بعضها يعتبر التقييد بما يفيد فقط فإذا قال الموكل للوكيل بع مالي هذا بمدينة كذا بالسوق الفلاني فالوكيل لا يتقيد بالبيع بالسوق المعين الا اذا كان البيع فيه أكثر فائدة للموكل أو نهى الموكل الوكيل عن البيع في غيره . وكذا اذا قال المديون لو كيـله ارفع ديني الى فلان بحضور شهود واياك ان تعطيه شيئاً بدون الأَشهاد فاعطاه بلا شهود وانكر الدائن القبض يضمن الوكيل .

وكذا اذا قال له اقبض ديني من فلان تماماً فقبض جانباً منه لا يعتبر القبض بحق الدائن وله مطالبة المديون بجميع الدين (نور) . ولا يجوز تصرف الوكيل اذا خالف الموكل في الجنس مثلاً اذا قال الموكل للوكيل بع مالي هذا بكذا ريالاً مجيدياً فباعه بلبيرات تعادل قيمتها المجيديات لا يصح البيع اما لو خالفه بالوصف والقدر ينظر فاذا كان العمل انفع للموكل صح العقد والا فلا . وتكون الوكالة اما عامة كالتوكيل بجميع الأمور او خاصة كالتوكيل بأمر مخصوص .

فالوكيل العام له ان يبيع مال موكله ويشتري المال له وان يقر عنه بحضور القاضي وان يحفظ ماله ويجري كل ما يجوز للموكل اجرائه وليس له التبرع بمال موكله ولا تطليق زوجته عند الأمام الأَظم اما الوكيل الخاص فليس له الا اجراء الأَمر المعين المخصص الذي وكل به لأن التقييد في الوكالة اصل فيعتبر مطلقاً فيما يفيد الموكل سواء ذكر ام لم يذكر .

واعلم بأن الوكالة تشارك الأَمارة والتولية لأنها تصرف على الغير بالتفويض وقد ثبت التعليق والتقييد فيها من حديث غزوة مؤتة المشهورة في السير فكما ان ثبوت امارة خالد بن الوليد في تلك الغزوة توقف على موت من قبله من امرائها فكذلك ثبوت الوكالة للوكيل يتوقف على وقوع الشرط وتحقق القيد . وقد اغفلت المجلة بيان الوكالة العامة وهي جائزة عند الفقهاء بينهم ابو حنيفة وأصحابه احتجاجاً بأن ادلة الجواز تشمل النوعين خلافاً للشافعي وحجته ما يقع بين العامة من الأضرار بسببها وكون الجهالة بها فاحشة وقد اختلف من قالوا بصحة الوكالة العامة فمنهم من قال بلزوم تقييدها بقيد ما يجوز به التوكيل ومنهم من قال بجوازها مطلقاً حتى ولو قال الموكل للوكيل وكلتك بجميع اموري والصحيح ان الوكالة العامة عند التعميم يدخل فيها ما سوى المعاوزات كطلاق وتبرع عند ابي حنيفة خلافاً للمحمد .

« الباب الثاني »

(في بيان شروط الوكالة)

مادة ١٤٥٧ [يشترط ان يكون الموكل مقتدرًا على ايفاء الموكل به] .
لأن الوكيل يأخذ قوة التصرف من الموكل فإذا كان الموكل لا يملك هذه القوة فلا يمكنه اعطائها للوكيل .

[بناءً عليه لا يصح توكيل الصبي غير المميز والمجنون] في حال جنونه أصلاً سواء كان التوكيل مما يعود على ضرر الموكل كتطبيق الزوجة والهبة والصدقة أو مشتركاً بين النفع والضرر .
[أما في الأمور التي هي ضرر محض في حق الصبي المميز لا يصح توكيله وان اذنه الولي كالهبة والصدقة] لأن الأجازة لا تقع بالعقود الباطلة .

[وفي الأمور التي هي نفع محض يصح توكيله وان لم يأذن الولي كقبول الهبة والصدقة] وأما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المرددة بين النفع والضرر فإن كان الصبي مأذوناً بها فله ان يوكل والا فالتوكيل ينعقد موقوفاً على اجازة وليه .
وفي التكملة : سكر الوكيل وباع مال موكله لا يعتبر تصرفه لأن تصرف السكران يعتبر لزجره وفي تصرف الوكيل لاشي من ذلك عند بعض الفقهاء ويعتبر تصرفه اذا كان يعرف ما فعله عند البعض الآخر .

مادة ١٤٥٨ [يشترط ان يكون الوكيل عاقلاً ومميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً] لانضمام رأي الموكل لرأيه .

[فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً وان لم يكن مأذوناً ولكن حقوق العقد عائدة الي موكله وليست بعائدة اليه] ولو بلغ الصبي المميز لا تعود حقوق العقد اليه .

وفي البحر يجوز توكيل السفينة وتكون حقوق العقد للموكل . وإذا كان الوكيل صبيًا مميزًا أو سنيهاً وقبض ثمن المبيع صح وإذا باع الصبي المميز المأذون مالاً بالوكالة تكون حقوق العقد له لا للموكله اما في الشراء فتعود حقوق العقد له اذا كان اثنان معجلاً والا تعود للموكل . ويجب ان يكون الوكيل معلوماً فإذا قال الدائن لمدينه أعط ما لي بذمتك لمن يأتك بهذه العلامة فدفعت المديون الدين لمن جاء بها يضمن اما الجهالة اليسيرة فلا تمنع التوكيل فإذا قال رجل لأثنين وكلت احدهما ببيع مالي هذا صح التوكيل .

مادة ١٤٥٩ [يصح ان يوكل احد غيره في الخصوصات التي يقدر على اجرائها بالذات وبأيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات مثلاً لو وكل احد غيره بالبيع والشراء والأيجار والاستيجار والرهن والأرثان والأيداع والأستيداع والهبة والأتهاب والصلح والأبراء والأقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وأيفاء الديون واستيفائها وقبض المال يجوز ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوماً] .

ويجب ان تكون الوكالة مقتصرة في المعاملات فلا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وليس لولي المقتول ان يمتنع عن الحضور الى محل القصاص ويوكل غيره لأن الحدود تدرأ بالشبهات . وليس لكل انسان ان يوكل بكل ما يمكنه اجرائه بنفسه وهذه القاعدة مستثنيات فلا احتطاب من الجبال المباحة حق لجميع الناس انما لا يجوز لأحد ان يوكل آخر بها وإذا وكل واحتطب الوكيل يكون ما احتطبه له دون الموكل . وكذا الوكالة للأستقراض باطلة لأن الأستقراض لا يثبت الا بالقبض فلا يصح امر الموكل للموكل بقبض القرض لأن المقرض ملك الغير فلا يجوز الامر به فإذا أضاف الوكيل القرض لنفسه صح القرض له وليس للموكل ان يطلب ذلك منه ويجوز ارسال الرسول بالقرض وله ان يضيف العقد للمرسل وإذا أضاف العقد لنفسه وقبض حسب وكالته صح له ذلك كمن قال ان فلاناً يطلب منك مبلغ كذا قرضاً وقد ارساني لأقبض ذلك منك وارسل لك هذا الكتاب رهناً على المبلغ المذكور فإذا قبض الرسول شيئاً سلمه الى المرسل ويكون حق العقد عائداً للمرسل لا للرسول .

ولا يجوز ان يكون الموكل به مجهولاً جهالة فاحشة فإذا وكل الوكيل بشراء شيء غير معين له

لا يصح اما الجهالة اليسيرة لا نفسد التوكيل فأذا قال الموكل للوكيل بع فرسي هذا او هذا
صح التوكيل .

ولا تتضمن الوكالة قبض الدين الأبراء والهبة وتتضمن اخذ الرهن والكفيل وتصح هذه
الوكالة في جميع العقود ما عدا توكيل الكفيل بقبض الدين من المديون وتوكيل المحيل بقبض
الدين من المحال عليه لأن الكفيل والمحيل يعملان لنفسهما ومن شروط الوكالة العمل للغير
وتوكيل نفس المديون بقبض ما بذمة نفسه من الدين ودفعه لا يوجد عمل للغير . واعلم بأن الوكالة
بالبيع هي غير الوكالة بقبض الثمن فالوكيل بقبض الثمن تصح كفالاته للمشتري وتصح شهادته على
المشتري اما الوكيل بالبيع لا تصح كفالاته ولا شهادته . وكذا اذا رد المبيع بخيار العيب يطالب
الثمن من الوكيل بالبيع . ولا يطالب من الوكيل بقبض الثمن لأنه ليس بعاقده وكذا الوكيل
بالقبض فانه ليس له الأبراء ولا الهبة والخط والتنزيل خلافاً للوكيل بالبيع .

« الباب الثالث »

(في بيان الأحكام العمومية المتعلقة بالوكالة)

مادة ١٤٦٠ [يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والأعارة
والرهن والأيداع والأقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار] والطلاق
والنكاح [وان لم يضيفه الى موكله لا يصح] بالنسبة الى الموكل ويقع على الوكيل .
اما المقصود من الوكيل في هذه المادة هو الوكيل الموكل ممن يثبت له الملك كوكيل الموهوب
له وطالب الصدقة والمستعير والمستقرض فهذا الوكيل ليس له اضافة العقد لنفسه اما الوكيل ممن
تزع منه الملك فهو حر بين ان يضيف العقد لنفسه او ان يضيفه الى موكله لذلك كان الأولى بالجملة
ان تذكر في هذه المادة كلمات (الأتهاب والأستعارة والأرتهان والأستيداع والأستقراض)
بدلاً من (الهبة والأعارة والرهن والأيداع والأقراض) والسبب في ذلك هو ان الأسقاطات
لا يمكن فصل السبب فيها عن الحكم فلا يقع السبب وهو العقد فيها مضافاً الى الفضولي والحكم
الى المالك اما العقود التي ليست من قبيل الأسقاطات يمكن فصل السبب فيها عن الحكم كالبيع

بالشرط فيجوز فيها للوكيل ان يضيف العقد لنفسه او لموكله وعليه اذا عقد الوكيل احدى عقود الأسقاطات لنفسه كالتكاح يقع له لا لموكله .

مادة ١٤٦١ [لا يشترط اضافة العقد الى الموكل في البيع والشراء والأجارة والصلح عن اقرار فأن لم يصفه الى موكله واكتفى بأضافته الى نفسه صح ايضاً وعلى كلتا صورتين لا تثبت الملكية الا لموكله ولكن ان لم يصف العقد الى الموكل تعود حقوق العقد الى العاقد يعني الوكيل] ان لم يكن محجوراً [وان أضيف الى الموكل تعود حقوق العقد الى الموكل ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول] .

بناءً عليه اذا وكل القاضي رجلاً ببيع ماله فباعه وأضاف العقد لنفسه ثم ظهر بالمال عيب قديم وأراد المشتري رده فله اقامة الدعوى بحضور الحاكم الموكل . وكذا اذا اشترى الوكيل بالشراء نسيئة وتوفي بعدها فحل الدين عليه يبقى نسيئة بحق الموكل . فلو لم يكن حق العقد للعاقد لوجب على القاضي ان لا يرى الدعوى ولوجب حلول اجل الدين بوفاة الوكيل او عدم حلوله بحق الموكل والوكيل اذا توفي الوكيل .

ولا يكلف الوكيل قبض المبيع والمطالبة بالثمن والمخاصمة بالعيب والرجوع بالثمن المستحق بل يكلف لتوكيل موكله بذلك ويكلف بتسليم المبيع وتسليم الثمن لأن ذلك من حقوق العقد الذي عقده .

وللوكيل تسليم المبيع الى المشتري واذا اخذ الوكيل ماله وتمنع من تسليمه الى الوكيل الذي باعه نقداً فلو وكيل ان يدخل لدار الموكل بدون اذنه يأخذ المال ويسلمه الى المشتري وله ان يأخذ المبيع بدون اذن الموكل واذا اخذه وتلف لا يضمن اما قبل البيع فليس له اخذ المبلغ مطلقاً . ويجوز للمشتري على أداء الثمن للوكيل بالبيع لا للموكل ولو تحرر السند بأسم الموكل حتى ولو جن الموكل او توفي وليس للموكل اجبار المشتري على دفع الثمن له ولو نغيب الوكيل (رد المختار) . الا اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل فليس له استرداده منه .

وللوكيل بالبيع النقص مع المشتري على ثمن المبيع بمقابل ما بذمته وله الأبراء والخط والتزويل والهبة قبل القبض ويضمن لموكله بمقابلة ذلك ما أبرأه اما بعد القبض فلا . واذا حصل الأبراء

من الوكيل والموكل معاً جاز ولا يرجع الموكل على وكيله والوكيل اقالة البيع وتأجيل الثمن قبل قبضه . ولا تصح كفالاته لثمن المبيع ولا حوالة الثمن عليه بشرط براءة المشتري وله حوالة الموكل على المشتري بالثمن وتكون حوالاته هذه توكيل وله توكيل موكله وعزله بعد التوكيل ما لم يكن التوكيل بحكم الحاكم بعد امتناع الوكيل عن القبض وتوكيل الموكل فليس له عزله بعد ذلك . واذا وكل الموكل وكيله بالبيع ونهاه عن قبض الثمن صح التوكيل وبطل النهي .

وكذا الخصومة بالأستحقاق وبخيار العيب فهي من حق الوكيل بالبيع ويعتبر فيها بينة المدعي وأقرار الوكيل لا اقرار الموكل لأن اقرار الموكل لا يؤثر على الوكيل ويؤخذ الثمن من الوكيل حتى ولو دفعه الى الموكل وله استرداده منه واذا أقر الوكيل بالعيب وانكر الموكل ولم يقر الوكيل البينة على دعواه وحلف الموكل اليمين ببقى المالك على الوكيل لا على الموكل لأن وكالة الوكيل بالبيع تمت بتسليم المال الى المشتري وصار اقراره غير ملزم للموكل .

[مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى بأضافة العقد الى نفسه ولم يصفه الى موكله يكون مجبوراً على تسليم المبيع الى المشتري وله ان يطلب الثمن من المشتري] وليس للبائع ان يطلب الثمن من موكل الوكيل بالشراء [واذا خرج للمال المشتري مستحق وضبط بعد الحكم فيرجع المشتري على الوكيل بالبيع يعني يطلب الذي أعطاه اياه منه والوكيل بالشراء اذا لم يصف العقد الى موكله على هذا الوجه يقبض المال الذي اشتراه ويجبر على اعطاء ثمنه للبائع من ماله وان لم يتسلم الثمن من موكله واذا ظهر عيب قديم في المال المشتري فالوكيل حق الخصامة لأجل رده ولكن اذا كان الوكيل قد أضاف العقد الى موكله بأن عقد البيع بقوله بعث بالوكالة عن فلان واشتريت فلان فعلى هذا الحال تعود الحقوق المبينة آنفاً كلها الى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول في هذه الصورة] .

والوكيل بالشراء قبول المبيع معيماً وللموكل بعد ذلك الخيار اما ان يقبل المبيع واما ان يرده

ويضمنه للوكيل . واذا ظهر للمبيع شفيح فالدعوى تقام على الوكيل بالشراء اذا كان المبيع في يده والا على الموكل . واذا اطلع الموكل على عيب المبيع بعد وفاة الوكيل بالشراء فلورثة الوكيل رده واذا لم يكن له وارث يعود الرد الى الموكل (رد المختار) .

وكذا الحكم بالوكيل بالأيجار فله تسليم المأجور وقبض الأجرة وأبراء المستأجر والتقصص معه وتوكيل غيره لقبض البدل وفسخ الأيجار بعد العقد وقبل مضي المدة .

مادة ١٤٦٢ [تعود حقوق العقد في الرسالة الى المرسل ولا تتعلق بالرسول اصلاً]
سواء كان رسولاً في الأصل او كان وكيلاً وأضاف العقد الى موكله أما اذا أضاف العقد لنفسه يطالب بحقوق العقد في بعض العقود ولو كان رسولاً فأذا أضاف الرسول عقد الأستقراض لنفسه يقع الأستقراض له ويجبر على أداء ما استقرضه . وكذلك الحكم بالرسالة بالشراء . أما الرسول بالمبيع فليس له اضافة العقد لنفسه لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة . واذا اختلف البائع والمشتري بالرسالة والوكالة فقال البائع انا رسول وقال المشتري انت وكيل فالقول قول مدعي الرسالة ما لم يكن الرسول أضاف العقد لنفسه فلا يصدق حينئذ بدعواه الرسالة .

مادة ١٤٦٣ [المال] المبيع او الثمن [الذي قبضه الوكيل بالمبيع والشراء وأيفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة هو في حكم الوديعة في يده واذا تلف بلا تعد ولا نقصير فلا يلزم الضمان والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة هو ايضاً في حكم الوديعة] .

وليس للوكيل ان يسلم مال موكله الى من لا يعرفه واذا سلمه او باعه وتلف المبيع او الثمن يضمن . وفي الأقروى اذا قال الدلال ان المال المسلم لي لأجل البيع ضاع مني ولا اعلم كيف ضاع يضمن . اما النسيان فليس بتعدٍ فأذا سلم الوكيل مال موكله الى عامل ليصلحه كالساعة مثلاً ونسي بعد ذلك الى من سلمه لا يضمن .

وفي التنقيح اذا قبض الوكيل بالمبيع ثمن المبيع ومات مجهلاً يضمن . وكذا الحكم بالوكيل بالشراء فهو أمين فأذا اخذ من موكله مبلغاً لشراء حصان فسرقت المبلغ من داره وتلف الحصان بيده بدون تعد فضمان الثمن والمبيع على الموكل لا على الوكيل .

واذا اختلف الموكل والوكيل بالشراء فقال الموكل اشتريت هذه الدابة بعشرين ليرات وقال الوكيل بعشرين فأذا كانت قيمة الدابة تساوي عشرين ليرة فالقول قول الوكيل والا قول الموكل وذلك فيما قبضه الوكيل بالوكالة اما فيما قبضه غصباً لا يكون اميناً ولو وكله المغصوب منه بتسليمه لا آخر ولا يصدق بيمينه بذلك .

مادة ١٤٦٤ [لو ارسل المديون دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فأذا كان رسول المديون يتلف من مال المديون واذا كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن ولا يبرأ المديون من الدين] .

ولا يضمن الرسول ما تلف في يده اذا كان التلف بلا تعد . واذا اخذ رسول المديون الدين الى الدائن فقال الدائن اشتر به دابة وتلف المال بعد ذلك بيد الرسول يتلف من مال الدائن .

مادة ١٤٦٥ [اذا وكل احد شخصين على امر فليس لأحدهما وخذه التصرف في الخصوص الذي وكل به] .

لأن الموكل رضي باجتماع رأيهما . وكذلك الوكالة بالبيع فلا يكفي فيها تصرف احد الوكيلين ولو كان الثمن معيناً لأن الموكل وكلهما استفادةً من رأيهما بزيادة الثمن واختيار المشتري . وفي رد المختار يجب اجتماع رأي الوكيلين ولو كان احدهما صبيّاً محجوراً . وفي البحر اذا توفي احد الوكيلين او جن فليس للوكيل الآخر الأفراد بها . وكذا الوكالة بقبض الهبة وبقبض الدين فلا يجوز لأحد الوكلاء الأفراد بها لأن الموكل رضي بتعدد الوكلاء حفظاً للدين المقبوض وللهبة المقبوضة فأفراد احدهما لا ينفذ بحق الموكل الا اذا اجاز له الوكيل الآخر . وقد ورد في البحر اذا باع احد الوكيلين المال بحضور الوكيل الآخر فأجازه او بغيابه فأجازه لما سمع به صح البيع . وفي البهجة اذا قبض احد الوكيلين الهبة او قبض الدين واجاز له الموهوب له قبضه او الدائن عمله صح القبض .

واذا اشترى احد الوكيلين بالشراء المالم اضاف العقد لنفسه ينعقد البيع له دون موكله ولو اجازه الموكل . وفي الهندية اذا استأجر احد الوكيلين بالأيجار المأجور لنفسه نعتقد الأجرة له واذا اعطى المأجور الى موكله وقبضه نعتقد بينهما الأجرة بالتعاطي .

واذا قبض احد الوكيلين الدين وتلف في يده قبل الأجازة لا تبرأ ذمة المديون من الدين
ويعتبر تصرف الوكيل باطل . وكذا اذا استرد احد الوكيلين الموكلين بأسترداد عين معلومة
العين وتلفت بيده يضمنها كلها ولا يقال بأنه وكيل مع آخر ووكالته تفيد الاشتراك فتعتبر
في قبض النصف فقط ويجب عليه ضمان النصف لانه ليس له القبض بدون الوكيل الآخر
[ولكن اذا كانا وكلاء لخصومة او لرد وديعة] والأولى ان يقال لرد عين كرد العين
المغصوبة او المستعارة او المبيع بالبيع الفاسد وتسليم هبة او لطلاق بغير المال [او ايفاء دين
فلأحدهما ان يوفي الوكالة وحده واما اذا وكل احد آخر لأمر ثم وكل غيره رأساً
على ذلك الأمر فأيهما اوفى الوكالة جاز] واذا اوفاه الوكيلان يعتبر عمل الأول منهما
واذا لم يعلم عمل من منهما كان مقدماً على الآخر يعتبر عمل الاثنين واذا كانا وكيلين بالبيع
يملك كل من المشتريين نصف المبيع بنصف الثمن .
وكذا الاوصياء والحكام والحكم ونظار الوقف اذا تعددوا لا يجوز لأحدهم ان يتصرف
بدون الآخر .

مادة ١٤٦٦ [ليس الموكيل ان يوكل غيره] قصداً [في الخصوص الذي وكل به]
واذا وكل لا ينفذ هذا التوكيل لأن الموكل رضي برأي الوكيل الاول ولم يرض برأي
الوكيل الثاني .

قلنا في الخصوص الذي وكل به لأن للوكيل توكيل غيره وتوكيل الموكل بمحقق العقد
كمتسليم المبيع وقبض الثمن اما اذا وكل الوكيل الأول وكيلاً لقبض الثمن بدون اذن الموكل
فقبض الوكيل الثاني الثمن وتلف بيده او مات مجهولاً فالضمان على الوكيل الأول عند الامام
الاعظم .

وكذا قلنا قصداً فإذا قام فضولي بأحكام الوكالة واجاز له الوكيل عمله جاز لأن الموكل يقصد
بتوكيله انضمام رأي الوكيل وهذا متصل بالأجازة ومحلّه في العقود اما بغيرها كالخصومة وقضاء
الدين والأبراء من الدين والطلاق فلا تنفع الأجازة في ذلك لأن الوكيل ليس له توكيل غيره ولا
اجازة عمله فيها اصلاً الا اذا اجاز الموكل عمل الوكيل الثاني فيكون الوكيل الثاني وكيل
الوكيل الأول ويصح عمله وقوله .

[ألا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برأيك فعلى هذا الحال للموكل ان يوكل غيره ويصير الشخص الذي وكله الوكيل بهذا الوجه وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل حتى لا ينزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول او بوفاته] .

وليس لهذا الوكيل الثاني توكيل غيره . وفي البحر اذا قال الموكل لوكيله اعمل برأيك فوكل الوكيل آخر فليس للموكل الثاني بيع مال الموكل للموكل الأول وليس للموكل الأول عزل الوكيل الثاني الا اذا كان مأذوناً بذلك او قال له الموكل اصنع ما شئت . وفي الأتقروي اذا قال الموكل لوكيله وكل فلاناً فوكله انعزل الوكيل الأول من الوكالة لانتهائها وليس للموكل الأول عزل الوكيل الثاني . وفي رد المحتار الوكيل يدفع الزكاة له توكيل غيره وهذا الوكيل الثاني له توكيل غيره وكذا الوكيل الثالث .

مادة ١٤٦٧ [اذا اشترطت الأجرة في الوكالة واوفاهها الوكيل فيستحقها وان لم تشتط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة فيكون متبرعاً وليس له مطالبة الأجرة] .

واذا وكل احد وكيلاً لخصومة بأجرة معلومة ولم يوقت له وقتاً فالأجرة فاسدة يستحق فيها اجر المثل ان عمل والا فلا .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان الوكالة بالشراء)

بجست المجلة عن الوكالة بالبيع والشراء والخصومة ولم تبحث عن الوكالة بالأئيجار والأستئجار والرهن والأعارة والأستعارة والقرض لكثرة الأحتياج الى البيع والشراء والخصومة والا فالوكالة تقع بحق كل هذه العقود .

مادة ١٤٦٨ [يلزم ان يكون الموكل به معلوماً بحيث يكون ايفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الأخيرة من مادة ١٤٥٩] لأن الموكل به اذا لم يكن معلوماً يمتنع عن الوكيل ايفاء ما وكل به . يستثنى من ذلك المضاربة وسائر الشركات لأنها وان كانت تتضمن الوكالة الا ان القصد فيها اكتساب المال والأجناس والأنواع من حيث المال متساوية .

[وهو ان يبين الموكل جنس الشيء الذي يريد اشتراؤه وان لم يكن بيان جنسه كافياً بأن كانت له انواع متفاوتة يلزم ان يبين نوعه او ثمنه وان لم يبين جنس الشيء او يبين وكانت له انواع متفاوتة ولم يعين النوع او ثمنه لا تصح الوكالة الا ان يكون وكله بوكالة عامة مثلاً لو وكل احد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة واذا اراد أحد ان يوكل غيره على ان يشتري له قماش ثياب فيلزم ان يبين جنسه يعني قماش حرير او قماش قطن مع بيان نوعه بقوله هندي او شامي او ثمنه بقوله ان يكون طاقته بكذا دراهم وان لم يبين جنسه وقال اشتر لي دابة او ثياباً او قال حريراً ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب او حريراً من أي جنس ونوع كان فهو مفوض الى رأيك تكون الوكالة عامة وللوكيل ان يشتري من أي نوع وجنس شاء] .

وكذا اذا اعطى احد آخر عشر ليرات وقال له اشتر لي بهذا المبلغ ما شئت يكون التوكيل عاماً وصحيحاً اما الجهالة في الثمن لا تمنع التوكيل فإذا وكل احد آخر ببيع مال ولم يعين له الثمن صحبت الوكالة لأن اجناس الثمن بأكتساب المالك متساوية .

الخلاصة ان الموكل به اما ان يكون عاماً واما ان يكون مقصود الموكل منه معلوماً في الجملة حسب ما تعارف به اهل المحيط فتكون الوكالة صحيحة والا فلا خلافاً للبيع فإنه يجب فيه ان يكون المبيع والثمن معلوماً معلومية تامة لأن الوكالة تبثني على الثقة بالوكيل .

مادة ١٤٦٩ [يختلف الجنس باختلاف الأصل او القصد او الصنعة ايضاً

مثلاً بز القطن وبز الكتان مختلفا الجنس لأختلاف اصلهما وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس بحسب اختلاف المقصد لأن المقصد من الجلد اعمال الجراب ومن الصوف اعمال الخصوصات المغايرة لذلك كنسيج الجوخ وما اشبه ذلك وجوخ الافرنج مختلف الجنس مع صوف الروم بحسب اختلاف الصنعة مع كون كل منهما معمولاً من الصوف] .

الجنس ما يدخل تحته احكام تغاير انواعها ويكون تارة بحسب خلقة الشيء وتارة بحسب القابلية وتارة بحسب الغرض الكلي وهو الصنعة .

مادة ١٤٧٠ [اذا خالف الوكيل بالشراء في الجنس يعني لو قال الموكل اشتر من الجنس الفلاني واشترى الوكيل من غيره فلا يكون نافذاً في حق الموكل وان كانت فائدة الشيء الذي اشتراه ازيد يعني يبقى المال الذي اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشتري الموكل] . خلافاً للوكيل بالبيع فإن بيعه اذا كان غير نافذ يبقى موقوفاً على اجازة الموكل واذا لم يميز يبقى المال للموكل لا للمشتري .

مادة ١٤٧١ [لو قلل الموكل اشترى لي كبشاً واشترى الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة للوكيل] .

مادة ١٤٧٢ اذا تبدل الموكل به بصورة توجب تبدل اسمه عزل الوكيل من الوكالة مثلاً [لو قال الوكيل اشتر لي العرصة الفلانية واشترى على العرصة بناء] قبل شرائها [فليس للوكيل ان يشتريها] واذا اشتراها تكون للوكيل وكذا اذا وكل الوكيل لشراء ارض فليس له اخذها بعد ان تغرس فيها الأشجار . وكذا وكله لشراء حصرم فأشتراه غنماً كان ما اشتراه له لا للموكل [ولكن لو قال اشتر لي الدار الفلانية ثم اضيف اليها حائط او

صبغت فلو كبل ان يشتريها بالوكالة على هذا الحال] .

مادة ١٤٧٣ [لو قال الموكل اشتر لي لبناً ولم يصرح بكونه اي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة] .

مادة ١٤٧٤ [لو قال الموكل اشتر لي ارزاً فلو كبل ان يشتري من الأرز الذي يباع في السوق اي نوع كان] .

مادة ١٤٧٥ [لو وكل احد آخر على ان يشتري له داراً يلزم ان يبين ثمنها والحيلة التي هي فيها وان لم يبين لا تصح الوكالة] .

لأن البيوت تختلف باختلاف المحلات والأماكن والجوار وكذا اذا قال الموكل لو كبله خذ لي داراً بمائة ليرة لا تصح الوكالة .

مادة ١٤٧٦ [لو وكل احد آخر على ان يشتري له لؤلؤة او ياقوتة حمراء يلزم ان يبين مقدار ثمنها والا فلا تصح الوكالة] .

مادة ١٤٧٧ [يلزم بيان الموكل به في المقدرات مثلاً لو وكل احد آخر ليشتري له حنطة يلزم ان يبين مقدار كيلها او ثمنها بقوله بكذا دراهم والا فلا تصح الوكالة] .

ويجوز للوكيل بيان القدر والتمن معاً وفي مثل هذه المكيلات او الموزونات والعديدات المتقاربة التي تنقسم فيها اجزاء الثمن على اجزاء الثمن لا تفسد فيها الوكالة في القدر اليسير الداخل بين الوزنين فأذا قال الموكل للوكيل خذ لي عشرة ارطال لحم بخمسين قرشاً فأخذ الوكيل عشرة ارطال ونصف بخمسين قرشاً صح الشراء بالوكالة اما اذا اخذ الوكيل عشرين رطلاً بخمسين قرشاً يقع البيع الى الموكل بنصف المبيع ونصف الثمن والباقي للوكيل . وليس للوكيل مخالفة الموكل بالتمن اذا وكله لشراء العديدات المتفاوتة كالحام والاقشة واذا خالف يكون ما اشتراه له لا لموكله .

مادة ١٤٧٨ [لا يلزم بيان وصف الموكل به بقوله مثلاً اعلى او ادنى] لان

الوكالة للاستعانة وفي تعيين الوصف حرج ومشقة [ولكن يلزم ان يكون وصف الموكل به او ثمنه موافقاً لحال الموكل مثلاً لو وكل المكاري احداً بأشراء دابة له فليس للوكيل ان يشتري بعشرين الف قرش فرساً نجدباً وان اشترى لا يكون نافذاً بحق الموكل يعني لا يكون ذلك الفرس مشترياً للموكل وانما يبقى على الوكيل].

مادة ١٤٧٩ [اذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته]. في الجنس اصلاً خيراً او شراً وفي القدر والوصف شراً سواء كان القيد راجعاً للثمن او للمبيع [فان خالف لا يكون شرائه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذي اشترى عليه ولكن اذا خالف بصورة فائدتها ازيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة يعني مثلاً لو قال احد اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف واشترها الوكيل بأزيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى الدار عليه واما اذا اشترها بأقل فيكون قد اشترها للموكل لذلك لو قال اشتر نسيئة واشترى الوكيل نقداً يبقى المال على الوكيل واما لو قال المركل اشتر نقداً واشترى الوكيل نسيئة يكون قد اشتره للموكل].

الخلاصة اذا خالف الوكيل بالشراء موكله بالجنس خيراً او شراً او بالقدر والوصف شراً لا ينفذ تصرفه بحق موكله واذا خالفه بالقدر والوصف خيراً ينفذ .

مادة ١٤٨٠ [اذا اشترى احد نصف الشيء الذي وكل بأشرائه فان كان تبعض ذلك الشيء مضراً لا يكون نافذاً بحق الموكل والا ينفذ مثلاً لو قال اشتر لي طاقة قماش واشترى الوكيل نصفها لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك على الوكيل اما لو قال اشتر ستة اكيال حنطة واشترى ثلاثة فيكون قد اشترى للموكل].

وكذا اذا وكله بشراء قيمي متعدد فاشترى بعضه يكون قد اشترى للموكل اذا كان لا ضرر بتبعيضه . وكذا اذا وكله بشراء دار بألف قرش فاشترى له نصف دار نصفها الاخر للموكل في الأصل صح الشراء للموكل لعدم وجود الضرر للموكل بهذا التبعض (هندية) .

اما لو اشترى الوكيل نصف الدار واشترى بعده الموكل النصف الثاني يكون ما اشترى الوكيل لنفسه لا للموكل . وكذا وكله لشراء دابتين بمبلغ معلوم فاشترى واحدة منهما بغبن يسير لا ينفذ شراؤه على الموكل واذا اشترى الدابة الثانية بباقي الثمن صح الشراء للموكل بالدابتين .
مادة ١٤٨١ [اذا قال الموكل اشتر لي جوخ جبة ولم يكن الجوخ الذي اشترى الوكيل كافياً للجبة فلا يكون شراؤه نافذاً ويبقى الجوخ عليه] .

مادة ١٤٨٢ [كما يصح للوكيل باشتراء شيء بدون بيان قيمته ان يشتري ذلك الشيء بقيمة مثله كذلك يصح له ان يشتريه بغبن يسير ولكن لا يعفى الغبن اليسير ايضاً في الأشياء التي سغرها معين كاللحم والخبز واما اذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته] .

ولا يملكه الموكل ولو أجاز العقد اخيراً وقبل به وذلك لأن الغبن اليسير مغتفر لو كمل شراء شيء مطلق او معين دون الفاحش بخلاف وكيل البيع فإنه يغتفر له البيع على ما سيأتي في المادة (١٤٩٤) والسبب في ذلك هو ان الوكيل بالبيع قد لا يتيسر له البيع بدون الغبن الفاحش لأن سلعته معينة بخلاف وكيل الشراء فمقصوده غير متعين .

مادة ١٤٨٣ [الأشتراء على الأطلاق يصرف للشراء بالنقود وبهذه الصورة الوكيل بشراء شيء اذا باده بشيء مقايضة فلا ينفذ في حق الموكل ويبقى على الوكيل]
واذا قال الموكل للوكيل اشتر لي هذا الحصان بفرسك واشترى له وقع البيع على الموكل ولزمه اعطاء الوكيل ثمن فرسه واذا غلب في بلد ثمن من غير النقود كالشعير والحنطة على ما هو واقع في كثير من بلاد طرابلس الغرب وجب اعتباره مثل النقد ويكون المشتري به للموكل انفاقاً واذا خالف كان للوكيل لأن الوكيل عند المخالفة يصير معزولاً من الوكالة حكماً والعاقده اهل لحكم ما أجراه من العقد .

مادة ١٤٨٤ [اذا وكل احد آخر بشراء شيء لازم لموسم معين فتصرف الوكالة لذلك الموسم مثلاً لو وكل احد آخر في موسم الربيع باشتراء جبة شالية يكون قد وكله لاشتراء جبة على ان يستعملها في هذا الصيف فأذا اشتراها الوكيل بعد مرور موسم الصيف او في ربيع السنة الآتية فلا ينفذ شراؤه بحق الموكل وتبقى الجبة على الوكيل] .

وكذا اذا وكله لشراء الفحم في الشتاء او لشراء الأضحية في العيد او الحبوب لزراعتها في موسم الشتاء فتصرف الوكالة للشراء في الشتاء والعيد واذا اشترى الوكيل بعد مضي الموسم يكون ما اشتراه له لا لموكله .

مادة ١٤٨٥ [ليس لمن وكل باشتراء شيء معين ان يشتري ذلك الشيء لنفسه حتى وان قال عند اشترائه اشتريت هذا لنفسى لا يكون له بل يكون للموكل] .
حتى ولو عزل الوكيل نفسه من الوكالة ولم يخبر الموكل لأن الموكل قد اعتمده بشراء ذلك الشيء المعين فأذا اشتراه لنفسه يكون قد عزل نفسه وشراء الوكيل المال لنفسه هو انعزال من الوكالة والانعزال لا يتم الا بتبليغ الموكل الا اذا وكل الوكيل وكيلاً آخر بشراء ما وكل بشرائه لنفسه واشتراه له فيقع البيع للوكيل الأول لا لموكله .

ايضاح القيود : ان كلمة باشتراء الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي يحرز بها من الوكالة بالنكاح فأذا عقد الوكيل عقده على المرأة الموكل بأجراء عقد نكاحها على موكله كان النكاح له دون الموكل . واذا وكل الوكيل من اثنين لشراء مال واحد بشمن واحد فله الشراء للموكل الأول لا للموكل الثاني ما لم يسم الموكل الثاني ثمنًا مخالفاً للثمن الذي سماه الموكل الأول من حيث الجنس و يشتري الوكيل بهذا الثمن .

وفي الهندية اذا قال رجل لاخر اشتر المال الفلاني مشتركاً بيننا فقال له نعم ثم قال له آخر اشتر المال الفلاني بيننا مشتركاً فقال له نعم ثم قال له آخر كذلك فقبل منه و بعد ذلك اشترى المال ينظر فأذا كان قد قبل توكيل الموكل الثالث بحضور الموكلين الأول والثاني يكون المال

مشترياً بينه وبين الموكل الثالث واذا قال له نعم بغياهما يكون شراؤه المالك للموكل الأول فقط .
 [إلا ان يكون اشتراء بضمن أزيد من الثمن الذي عينه الموكل او بغبن فاحش]
 او بدون خيار الشرط اذا اشترط الموكل اخذه بالخيار . او خالف الموكل بالجنس او اشتراه
 بغير النقود او اشتراه بعد ان عزل نفسه من الوكالة وبلغ موكله العزل .

[وان لم يكن الموكل قد عين الثمن فيكون حينئذ ذلك المالك للموكل وايضاً لو
 قال الوكيل اشترى هذا لنفسه حال كون الموكل حاضراً يكون ذلك المالك للموكل]
 وهذا فيما اذا اضاف الوكيل العتد لنفسه اما اذا اضافه الى موكله بقي موقوفاً .

مادة ١٤٨٦ [لو قال احد لا آخر اشترى لي فرس فلان وسكت الوكيل من
 دون ان يقول لا او نعم وذهب واشترى ذلك الفرس فأن قال عند شرائه اشترى به
 لموكلتي يكون لموكله وان قال اشترى به لنفسه يكون له واذا قال اشترى به ولم يقيد
 بنفسه او موكله ثم قال اشترى به لموكلتي فان كان قد قال هذا قبل تلف الفرس او
 حدوث عيب فيه يصدق وان قال بعد ذلك فلا] .

واذا اختلف الموكل والوكيل بفرس فقال الوكيل اشترى بها لك وقال الموكل اشترى بها لنفسك
 ينظر فالفرس اما ان يكون معيناً او غير معين والضمن اما ان يكون قد اعطي للموكل ام لم يعط
 والفرس بهذه الصور الأربع اما ان يكون سالماً او تالفاً فهذه الصور الثانية اذا كان الثمن
 منقوداً فالقول قول الوكيل واذا كان الثمن غير منقود ينظر فإذا كان الفرس قد تلف فالقول
 قول الموكل واذا كان حياً فالقول قول قول الوكيل .

مادة ١٤٨٧ [لو وكل شخصان كل منهما على حدة احداً على ان يشتري شيئاً
 فلا يهما قصد الوكيل وأراد عند اشتراء ذلك الشيء يكون له] .

اذا كان ذلك الشيء غير معين واذا كان معيناً بقي للموكل حق اختيار اي الوكالتين أراد
 فإذا قبل وكالة الموكل الثاني بحضور الأول يكون قد انقضى الوكالة الأولى والا تعتبر الوكالة
 الأولى لا الثانية .

مادة ١٤٨٨ [لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح] .

وله ان يشتري له من آخر ما باعه له . وكذا ليس له ان يشتري لموكله ماله مفاوضه وابنه الصغير ومن لا تقبل شهادتهم له الا بأقل من ثمن المثل او بتصریح الموكل واذنه او يقول الموكل له اشتر من شئت فيجوز له بعد ذلك ان يشتري ذلك المال من هؤلاء .

وكذا ليس للوكيل بالشراء ان يشتري المال المغضوب من موكله واذا اختلفا بذلك ينظر فأذا كان الثمن مدفوعاً من الموكل الى الوكيل لا يقبل قول الموكل واذا كان الثمن غير مدفوع فالقول قول الموكل .

مادة ١٤٨٩ [اذا اطلع الوكيل بالشراء [على عيب المسال الذي اشتراه] بعد ان استلمه من البائع [وقبل ان يسلمه الى الموكل فله ان يردده بلا اذنه ولكن ليس له ان يردده بلا امر الموكل وتوكله بعد التسليم اليه] .

واذا اطلع على العيب قبل القبض فله قبوله او رده حتى ولو كان العيب سيراً واذا قبله وكان فاحشاً يبقى المبيع له ان شاء الموكل واذا توفي الوكيل بالشراء فلو صيحه ووارثه اجراء ذلك .

اما لو استلم المبيع وسلمه الى موكله وظهر العيب فيه يكون حق طلب الرد بخيار العيب الى الموكل لا للوكيل .

مادة ١٤٩٠ [اذا اشترى الوكيل المال مؤجلاً فهو في حق الموكل مؤجل ايضاً وليس له ان يطالب بثمنه نقداً] .

واذا توفي الوكيل وحل الأجل بحقه يدفع ورثته الثمن حالاً وينتظروا حلول الأجل فيقبضوا الثمن من الموكل .

[ولكن بعد اشتراء الوكيل نقداً اذا اجل البائع الثمن فله ان يطلب الثمن من الموكل نقداً] .

وكذا اذا وهب البائع للوكيل الثمن وأبرأه منه دفعةً واحدةً يرجع على موكله الا اذا كانت

الهبة والأبراء على دفعات متفرقة فتكون خطأً ونزيراً وتلحق المبيع فيستفيد منها الموكل والوكيل لا يستفيد الا من الهبة الأخيرة والأبراء الأخير فقط .

مادة ١٤٩١ [اذا أعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه] ولو بدون اذن الوكيل [فله ان يرجع به على الموكل يعني ان يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل وله ايضاً ان يحبس المال المشتري ويطلب ثمنه من موكله] اذا كان معجلاً [الى ان يتسلم الثمن وان لم يكن قد أعطاه للبائع] . لأن حقوق العقد تعود الى العاقد الوكيل فله المطالبة ودفع الثمن ولو بدون امر الموكل .

وكذا اذا قال الموكل للوكيل اشتري هذا الفرس بدابتك فاشتراها بهيا يكون له طلب قيمة دابته من الموكل وحبس ما اشتراه الى ان يقبض البديل لذلك فإن كلمة الثمن الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي . واذا اشترى الوكيل بالثمن المؤجل فليس له حبس المبيع من اجل قبض الثمن وكذا اذا دفع الوكيل الثمن من ماله فليس له حبس المبيع من اجله وبما ان الثمن يتعين بالتعيين بفروع الوكالة فأذا تلف بيد الوكيل يعزل من الوكالة واذا اشترى الوكيل المال وتلف الثمن بيده قبل الدفع يعود على موكله بمثله .

مادة ١٤٩٢ [اذا تلف المال المشتري في يد الوكيل بالشراء او ضاع قضاءً فيتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء] واذا دفع الوكيل الثمن من ماله يرجع به على الموكل واذا اخذ الوكيل المال على وجه السوم وتلف يرجع بثمنه على موكله اذا كان اذنه بالسوم والا فلا [ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف في ذلك الحال او ضاع يلزم الوكيل أداء ثمنه] .

واذا حبس الوكيل المبيع وتعب فلموكل الخيار ان شاء اخذه معيباً ودفع تمام الثمن وان شاء تركه للوكيل واذا قبض الوكيل جانباً من الثمن وحبس المبيع من اجل الباقي وتلف يكون ما قبضه الوكيل له وليس له الرجوع على الموكل بباقي الثمن لحبسه المبيع .

مادة ١٤٩٣ ضابطة : كل من ملك انشأ العقد يملك الأقالمة يستثنى من ذلك خمس مسائل وهي :

- ١ — [ليس للوكيل بالشراء ان يقبل البيع بدون اذن الموكل] لأن الوكيل مملك لا مالك والأقالمة من حق المالك .
- ٢ — ليس للوكيل بالأستيجار أقالمة الأجارة بعد القبض .
- ٣ — ليس للمتولي الأقالمة اذا اشترى بأقل القيمة لو بأكثرها .
- ٤ — ليس للوصي الأقالمة اذا اشترى بأقل القيمة او باع بأكثرها .
- ٥ — ليس للصبي المأذون ان يقبل ما اشتراه بأقل القيمة او ما باعه بأكثرها .

✽ الفصل الثاني ✽

(في الوكالة بالبيع)

[للوكيل بالبيع مطلقاً ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً] عند الأمام الأعظم وله ان يبيع مال موكله بغبن يسير و بغبن فاحش لعدم وجود التهمة خلافاً للوكالة بالشراء وخلافاً للبيع بالصرف لأنه من وجه بيع ومن وجه شراء فلا يقع بالغبن الفاحش . وفي رد المختار اذا وكل احد آخر ببيع ماله ثم بيع المال من الموكل والوكيل ولم يعلم من هو البائع الأول يعتبر بيع الموكل .

مادة ١٤٩٥ [ليس للوكيل ان يبيع بأنقص مما عينه الموكل يعني اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بأنقص من ذلك واذا باع فينقصد البيع موقوفاً على أجازة موكله ولو باعه بنقصان الثمن بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشتري فلموكل ان يضمه ذلك المال] .

واذا قال له بع فرسي هذا بالثمن الذي باع فلان فرسه فيه فسأل فقيل له ان الفرس بيع

بعشرين ليرة عثمانية فباع الفرس بهذا الثمن ثم علم ان الثمن كان ثلاثين ليرة لا ينفذ بيعه واذا علم ان ذاك الرجل كان له فرسين فباع احدهما بعشرين والثانية بثلاثين ليرة يقع البيع استحساناً .

مادة ١٤٩٦ [اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه فلا يصح] .
وكذا لا يصح له بيع مال موكله لعبده ولطفله الصغير ومكاتبه ولا دين له عليه الا ان يبيع مال الموكل من آخر ثم يشتريه منه وكذا الحكم بالوكالة بالفراغ لوجود التهمة في هذه البيوع ولتولي الوكيل طرفي العقد في بعضها .

مادة ١٤٩٧ [ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له الا ان يكون قد باعه بأزيد من ثمن المثل فينفذ يصح وايضاً ان كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بعه لمن شئت ففي ذلك الحال يجوز بيعه بثلث المثل لهؤلاء] .
وكذا الحكم بالأجارة والسلم والصرف يستثنى من ذلك الوصي والمضارب والشريك فلم يبيع مال الصغير والمال المشترك ممن لا تقبل شهادته لم الا اذا كان البيع بمحاباة .
وكذا اذا عين الموكل ثمناً للمبيع فباعه الوكيل بالثمن المعين ممن لا تقبل شهادتهم له او قال الموكل ببع هذا المال من ابنك البالغ فلان فباع جاز البيع .

وفي الهندية ما خلاصته : ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله ممن لا تقبل شهادتهم له بغبن فاحش ولا بغبن يسير اما بثلث المثل ففيه روايتان عن ابي حنيفة والظاهر انه لا يجوز الا ان يبيعه من عبده او مكاتبه ولا دين له عليه او من نفسه او من طفله فليس له ذلك بالأجماع ولو اذن له الموكل بذلك .

ويظهر لي ان يبيع الطفل والعبد والمكاتب ملحق بالنفس فكما لا يجوز للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله من نفسه وبتولي طرفي العقد فكذلك ليس له ان يجمع بين الوكالة والولاية وبيع مال موكله لطفله واذا رجعنا الى نسخة المجلة التركية نراها استعملت في المادة ١٤٩٦ كلمة اخذ بدلاً من اشترى او في المادة ١٤٩٧ استعملت كلمة باع وهذا يدلنا ايضاً على تولي الوكيل طرفي العقد في المادة ١٤٩٦ وعلى كون الطرف المشتري عاقل بالغ له القيام عن نفسه في المادة ١٤٩٧ ومن البديهي ان الولد متى بلغ انفصل عن ابيه في الملك والمال والمنافع فلا تهمة بالبيع له بثلث

المثل اذا كان بالغاً ولا نقاس الشهادة على البيع في ذلك لأن البيع معاوضة والشهادة قيام بأثبات حق يمكن حصوله من غير الشاهد .

مادة ١٤٩٨ [للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة] عند ابي يوسف ومحمد [وايضاً ان كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة او دلالة]
 كمن وكل لبيع غزل امرأة تأكل من غزلها [وليس له ان يبيع نسيئة مثلاً] ولو قال الموكل بع هذا المال نقداً او بع مالي هذا وأد ديني فليس للوكيل ان يبيع ذلك بالنسيئة .
 واذا امره بالبيع نسيئة ولم يعين له الثمن فله البيع نقداً بالثمن الذي يباع فيه المال نسيئة عادةً وليس له ان يبيعه بأقل من ذلك ولو مفيداً للبائع حفظاً لماله من افلاس المشتري اذا باعه الى غني والأولى ان يعتبر العرف الخاص في ذلك فيعمل الوكيل بمقتضى عرف المدينة فيبيع بما يبيع به غيره من الوكلاء .

مادة ١٤٩٩ [ليس للوكيل ان يبيع نصف المال الذي في تبعيضه ضرر] .
 اما اذا باع نصف المبيع ثم قبل الخصومة باع النصف الآخر صح بيعه الأول والثاني وكذا اذا عين الموكل ثمن المبيع فباع الوكيل النصف بالثمن المعين صح بيعه وعلى كل [ان لم يكن فيه ضرر فله ذلك] فأذا وكله ببيع المثليات او العدديات المتضاربة فله بيع نصفها او بعضها وكذا اذا وكله ببيع دابتين بثمان مبيع احداهما بثمان المثل او بغير يسير جاز واذا لم يسم له ثمنًا جاز له بيعه ايضاً اذا لم يكن في البيع غبن فاحش .

مادة ١٥٠٠ [للوكيل ان يأخذ في مقابل ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً او كفيلًا] لأن حقوق العقد تعود للعاقدة [ولا يضمن اذا تلف الرهن او افلس الكفيل]
 أما الوكيل بقبض الدين فليس له ان يأخذ رهناً واذا اخذ وتلف فضامنه على المديون لأن المديون قد سلمه الرهن بدون حق وهو امين بالنسبة الى المديون .

مادة ١٥٠١ [ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل اذا قال له الموكل بع بالكفيل او بالرهن] .

واذا باع وسلم بدون الرهن يضمن وليس للكفيل ان يكفل المشتري (مادة ٦٣٠) .

مادة ١٥٠٢ [لا يجبر الوكيل بالبيع على أداء ثمن المال الذي باعه من ماله اذا لم يأخذ ثمنه من المشتري] .

واذا دفع الثمن من ماله متبرعاً لا يرجع على المشتري به الا اذا دفعه بأمره .
وفي التكملة اذا ترك بعض التجار مالهم عند احد لبيعها فباعها نسيئة ودفع أثمانها الى أصحابها فله الرجوع بما دفعه واذا باع الوكيل مال الموكل بثمن معلوم تم اشترى من المشتري مالاً بمقابل الثمن فلو وكيل ان يأخذ الثمن من الوكيل لا المال المباع له .
واذا باع الوكيل المال نقداً ثم اجل الثمن بحق المشتري يجبر على دفعه من ماله ويقبضه من المشتري عند حلول الأجل .

مادة ١٥٠٣ [اذا قبض الموكل ثمن المبيع فيصح ان كان القبض حق الوكيل لأن قبض الثمن من حق الوكيل ولا يجبر المشتري على دفع الثمن الى الوكيل واذا دفعه له لا يسترده منه واذا باع الوكيل مال موكله لدائنه وأجرى معه النقص يدفع الثمن الى موكله من ماله لأنه قد أدى دينه بمال الموكل . واذا باع الوصي او الولي مال الصغير فليس للمشتري دفع الثمن الى الصغير ولا يصح دفعه . يستثنى من هذه المادة بيع الصرف فلا يجوز للموكل ان يقبض فيه الثمن لأن القبض فيه في المجلس شرط فأذا وقع القبض من الموكل بطل البيع لتبدل المجلس واذا أنكر الوكيل قبض الثمن واثبته المشتري تبرأ ذمة المشتري ويضمن الوكيل الثمن الى موكله .

مادة ١٥٠٤ [اذا كان الوكيل بغير اجرة فلا يكون مجبوراً على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله] . ولا على قبض المبيع ورده بالعيب والخاصة بذلك والرجوع بالثمن المستحق لأن الوكيل متبرع فلا يجبر على اتمام تبرعه .

[ولكن يلزم ان يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن اذا لم يحصله برضائه] .
 واذا وكل موكله بذلك فله عزله من الوكالة الا اذا وكله بحكم الحاكم فليس له عزله بعد ذلك .
 [اما الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه] .
 مادة ١٥٠٥ [الوكيل بالبيع له ان يقلل البيع بلا اذن موكله] قبل قبض الثمن
 لأن الأقالة من حقوق العقد .

[ولكن لا ننفذ هذه الأقالة في حق موكله ويلزم الوكيل اعطاء الثمن للموكل] .
 لأن وكالته قد تمت بالبيع فالأقالة هي بيع جديد بحق الموكل . وليس للوكيل اقالة البيع بعد
 قبض الثمن لأن يده على الثمن كيد الموكل فقبضه تعيين لحق البائع الموكل وللوكيل بالبيع
 خيار الشرط وفسخ البيع للفساد حتى بعد قبض الثمن .

* * *

❖ الفصل الرابع ❖

(في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور)

ضابطة : للمأمور بأداء الدين الرجوع على أمره بما دفعه ولو لم يشترط الرجوع لأن المأمور
 بأداء الدين هو وكيل لشراء الدين الثابت للدائن بذمة أمره ولا يستحق الدافع الرجوع على
 المدين الا اذا دفع الدين بأمره فأذا دفعه بدون أمره يكون متبرعاً . وكذا اذا أعطى الأمر للمأمور
 فرساً وقال له بعها وادفع ثمنها لدائي فلان فدفع الدين قبل البيع كان متبرعاً . ويجب ايضاً الرجوع
 الدافع على الأمر ان يكون الأمر مديوناً فأذا كان غير مدين لا يرجع عليه بشيء ويشترط
 للرجوع الدفع فأذا لم يدفع المأمور شيئاً لا يرجع على أمره بشيء واذا أنكر الأمر الدفع يجب على
 الدافع اثباته .

مادة ١٥٠٦ [اذا امر احد غيره بأداء دينه الذي هو لأحد اوليت المال
 واداه المأمور من ماله فيرجع بذلك على الأمر شرط الأمر رجوعه او لم يشترط يعني

ان كان شرط الأمر رجوع المأمور يعتبر كقولہ اد ديني على ان أوّديه لك بعد او اوف ديني و بعده خذه مني او لم يشترط ذلك بأن قال اد ديني فقط .

واذا احتفظ المأمور بالمال المعطى له من أمره وادى الدين من ماله حال قيام ما دفعه الأمر له بيده ينظر فأذا لم يعقد العقد مضاعفاً لنفسه ونوى الرجوع على أمره يجري النقص بما اخذه من أمره والا يكون متبرعاً . واذا صرف ما اخذه من أمره بأحتياجاته ثم دفع دين أمره من ماله يكون متبرعاً ويدفع لأمره ما اخذه منه . واذا اضاف العقد لنفسه يكون قد اشترى دين موكله بماله والشراء له فليس له الرجوع على أمره بشيء .

وفي الهبة اذا دفع الوصي او احد الورثة ما على المورث من الدين يرجع على التركة . وكذا الوصي اذا صرف الوصية من ماله يرجع على مال التركة . وكذا اذا صرف الوصي من ماله على الصغير فله الرجوع على ماله سواء اشهد بأنه صرف بنية الرجوع على مال الصغير ام لم يشهد .

مادة ١٥٠٧ [المأمور بأيفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة اذا ادى الدين بدراهم خالصة يأخذ من الأمر دراهم مغشوشة] لأنه يكون متبرعاً بدفعه دراهم خالصة [والمأمور بأيفاء الدين بدراهم خالصة ان ادى الدين بدراهم مغشوشة يأخذ من الأمر دراهم مغشوشة ايضاً . ولو باع المأمور بأيفاء الدين ماله للدائن وقاصه بدين الأمر يأخذ من الأمر مقدار الدين وليس للأمر المدينون ان يحيط الزيادة من دينه وان كان المأمور قد باع ماله للدائن بأزيد من ثمن مثله] .

لأن المأمور ليس وكيلاً فيما زاده على المأمور به من وصف الخلوص الزائد من ماله . وحيث لا تتحقق المعاوضة بين اجناس النقود المتحدة فلا يتكون بين المأمور والدائن عقد معاوضة يملك المأمور به الفاضل بين النقود المغشوشة والخالصة اما في الصورة الثالثة فتتحقق المعاوضة بين المأمور والدائن .

مادة ١٥٠٨ [اذا امر احد آخر ان يصرف عليه او على اهله وعياله فيأخذ

مصرفه بقدر المعروف من الأمر وان لم يكن اشترط رجوعه بقوله اصرف وبعده انا اعطيك مصرفك] .

واذا توفي الأمر يأخذ المأمور ما صرفه من ورثته وتركته . واذا اختلف الأمر والمأمور بمقدار الصرف فالقول قول الأمر واذا دفع الأمر مالا للمأمور ليصرفه واختلفا بالقدر المصروف فالقول قول المأمور لأنه أمين .

[كذلك لو امره بإنشاء داره فأنشأها المأمور يأخذ ما صرفه بقدر المعروف من الأمر وان لم يشترط رجوعه] .

واذا انشأ الدار بدون اذن الأمر ينظر فإذا انشأها للأمر يكون متبرعاً واذا انشأها لنفسه يكون غاصباً ويؤمر بقلع بنائه بطلب صاحب العرصة .

وكذا اذا امر المؤجر المستأجر بتعمير الدار واختلفا فقال المسقأجر عمرت وقال المؤجر لم تعمّر فالقول قول المؤجر واذا انفقا على التعمير واختلفا بالقدر ينتخب خبراء للكشف فإذا قالوا بأن ما صرف هو القدر المبين من المستأجر فالقول قوله واذا قالوا بأنه هو ما قاله المؤجر فالقول قول المؤجر واذا اختلف الخبراء في الرأي فالقول قول منكر الزيادة .

واذا صرف احد على زفاف آخر من ماله بدون امره او صرف المرتين ما يجب صرفه على الراهن بدون امره او اتفق احد على دابة الآخر بدون اذنه او صرف الوديع على الحيوان المودوع عنده بغياب المودع وبدون اذن الحاكم يكون متبرعاً .

مادة ١٥٠٩ [لو امر احد آخر بقوله اعط فلاناً مقدار كذا قرصاً او صدقة او عطيةً وبعده انا اعطيك فأعطى ذلك يرجع على الأمر] . ويكون اعطاؤه هبة والرجوع فيها من حق الأمر لان حق المأمور [واما ان لم يشترط الرجوع بكلام كقوله انا اعطيك او خذه مني بعد او قال اعط فقط فليس للمأمور الرجوع وان كان رجوع المأمور متعارفاً او معتاداً ككونه في عياله او شريكه يرجع وان لم يشترط الرجوع] .

فالتصريح بالفقرة الأولى قرينة دالة على ان المقضود بالأمر التوكيل وغايه فبدل القرض وثواب الصدقة وثناء العطية راجع للأمر ووجه الفقرة الثانية هو ان الأمر لا يدل على التوكيل بوجه قطعي ويحتمل ان يكون من باب الأمر بالمعروف والدلالة على الخير الذي هو داخل ضمن صلاحية كل احد .

مادة ١٥١٠ [لا يجري امر احد الا في حق ملكه مثلاً لو قال احد لا خير خذ هذا المال واقه في البحر فأخذه المأمور والقاه في البحر حال كونه عالماً بأنه مال الغير فالصاحب المال ان يضمن الذي القاه وليس على الأمر شيء ما لم يكن مجبراً] .

واذا امره بالقاء دين له عليه في البحر فالقاء يكون الملقى من مال المديون لا من مال الدائن لأن ما القاه هو له لا للدائن لعدم دفعه له اما اذا دفعه له واخذه بعد ذلك منه والقاه في البحر بأمره لا يضمن .

مادة ١٥١١ [لو امر احد آخر بأداء دينه بقوله اد ديني الذي مقداره كذا من مالك فوعده بتأديته ثم امتنع من الاداء لا يجبر على ادائه بمجرد وعده]

مادة ١٥١٢ [اذا كان للأمر دين في ذمة المأمور او نقد مودوع عنده وامره بأداء دينه منه فينجبر على ادائه واما لو قال بع مالي الفلاني اد ديني فلا يجبر ان كان المأمور وكيلًا متبرعًا وان كان وكيلًا بالأجرة يجبر على بيع المال واداء دين الأمر] .

ويجبر المأمور على اداء دين أمره اذا كان مديونًا له اما اذا كان منكرًا للدين فيجب اثبات الدين بزمته اولًا ثم اجباره على الأداء .

مادة ١٥١٣ [اذا اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم وقال اعطها لدائي

فلان ليس لسائر غرماء الآمر صلاحية ان يأخذوا من تلك الدراهم حصّةً وليس للمأمور ان يعطي تلك الدراهم الا للدائن الذي عينه له الآمر [.

لأن المدينون ترجيح دائن على آخر واداء دينه له اذا لم يكن مريضاً مرض الموت ولأن حق الدائن يتعلق بذمة المدينون لا بماله فإذا مرض المدينون مرض الموت او حجر عليه او افلس منع من ترجيح دائن على آخر ومنع وكيله من ذلك ايضاً .

مادة ١٥١٤ [لو اعطي احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يؤدي دينه وقبل ان يعطي المأمور الدائن ذلك المبلغ ويوصله اليه لو علم موت الآمر ترجع تلك الدراهم الى تركة الآمر ويلزم الدائن ان يراجع التركة] .

لأن الموت يبطل الذمة المتعلقة بها الديون لعدم امكان دخول المال في حوزة الأموات ومتى مات المدينون انتقلت الديون الثابتة بذمته وتعلقت بأعيان ماله فيمتنع على وكيله او مأموره تسليم المال الموجود في يده الى احد دائنيه لأن حق الدائنين الآخرين قد تعلق بهذا المال بوفاة المدين .

مادة ١٥١٥ (لو اعطي احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يعطيها لدائنه حال كونه قد نهاه عن تسليمها بقرله لا تسلمها اليه مالم تجعلها ظهريّة بسندي الذي هو في يد الدائن او تأخذه منه وثيقة تشعر بقبضها فإذا سلمها بدون ان يفعل كما امره وانكرها الدائن ولم تثبت قبضها واخذها الدائن ثانياً من الآمر فله ان يضمها للمأمور)

* الفصل الخامس *

(في حق الوكالة بالخصومة)

مادة ١٥١٦ (لكل من المدعي والمدعى عليه ان يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الآخر) عند الأمامين فيجوز توكيل المسلم وغير المسلم والتبعة والأجنبي والقاضي والصبي المميز وثبتت الوكالة بتوكيل الموكل الوكيل بحضور الحاكم أو بأقامة البينة على توكيله ولا يكفي اقرار الخصم لثبوت التوكيل . وقد اجمع الفقهاء على جواز التوكيل في الخصومة للغائب والمريض والمخدرة سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم وسواء رضي الخصم بذلك أم لم يرض وقال الشافعي وصاحبنا أبي حنيفة بجواز التوكيل لغير هؤلاء أيضاً كما هو صريح هذه المادة لأن أدلة جواز الوكالة لا تفرق بين نوع وآخر وان الموكل يتصرف في حقه فلا يتوقف تصرفه هذا على رضا غيره أما أبو حنيفة فلم يقبل الوكالة عن الحاضر ولا عن المرأة غير المخدرة لأن الخصم يتضرر أحياناً من وجود الوكيل .

مادة ١٥١٧ [اقرار الوكيل بالخصومة) مطلقاً (على موكله ان كان في حضور الحاكم يعتبر والا فلا يعتبر وبنعزل الوكيل من الوكالة) وهذا قول الطرفان والخصومة في هذه المادة على طريق المجاز الذي صار حقيقة عرفية باستعمالها في مطلق الجواب سواء كان اقراراً أو انكاراً والأقرار لا يكون جواباً في غير حضور الحاكم أما أبو يوسف فقد قال بصحة اقرار الوكيل بحضور الحاكم وبغير حضوره وقال الشافعي وزفر لا يملك وكيل الخصومة الاقرار مطلقاً لأنه ضد الخصومة ولما كان العرف راجحاً على اللغة كان ما رآه الطرفان في ذلك اقرب للنظريات الحقوقية .

يستثنى من هذه المادة اقرار الوكيل بالخصومة بالحد والقصاص على موكله لأن فيه شبهة والحدود مندفة بالشبهات . وكذا الوكيل بالصلح والقبض لا يصح اقراره لا بحضور الحاكم ولا بغير حضوره الا اذا كان وكيلاً عاماً . وكذلك الوكيل بالخصومة لا يصح اقراره اذا كانت وكالته مقيدة بعدم الأقرار أما اقرار الأب والولي والوصي لا يعتبر ولو بحضور الحاكم واذا اقروا سقطوا من حق الخصومة ووجب تعيين خلافتهم ليخاصم عن الصغير .

وليس للوكيل بالخصومة ان يبري الخصم ولا ان يهبه مال الموكل لأن الأبراء والهبة لا تدخل تحت الخصومة ولا تحت وكالتها .

مادة ١٥١٨ [اذا وكل احد آخر واستثنى اقراره] وانكاره [عليه يجوز]
عند محمد [فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل بهذه الصورة] وكذا انكاره [واذا اقر
بحضور الحاكم حال كونه غير مأذون بالأقرار فيعزل من الوكالة]

وكذا اذا اثبت المدعي عليه بأن وكيل المدعي ساومه بحضور غير الحاكم على المدعي به
يعزل الوكيل من الوكالة واذا اثبت المدعي عليه مساومة الوكيل وموكله ترد الدعوى لأن
مساومة الموكل اقرار بملكية الغير .

مادة ١٥١٩ [الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض]
عند الأمام زفر رضي الله عنه لأن الموكل يوكل للدافعة الح الناس ويوكل للقبض والصرف
أمنهم والأمانة غير القدرة على العمل .
[بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به ما لم يكن
وكيلاً بالقبض ايضاً]

او وكيلاً عاماً . وكذا لا يجبر الوكيل بالخصومة لدفع دين موكله من ماله الذي لديه
واذا دفع دين موكله ولا مال له عنده كان متبرعاً فيما دفعه .

مادة ١٥٢٠ [الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة] عند الأمامين سواء
كانت الوكالة بقبض العين او بقبض الدين لأن الموكل يتحرى بوكيل القبض الأمانة وبوكيل الخصومة
الكفاءة لذلك اذا اراد الوكيل بالقبض قبض العين الموكل بقبضها فاغتصبت فليس له اقامة
الدعوى من أجلها . وكذا الوكيل بقبض الدين اذا طلب دين موكله من المدينين ولم يدفعه له
فليس له اقامة الدعوى عليه .

اما الوكيل بالتملك والتملك وكيل فيما يعود على العقد من الحقوق كالقبض واستلام المبيع
والخصومة بالعيب كما مر ذكر ذلك مفصلاً . ويستثنى من كلمة الوكالة بالقبض المحررة في هذه
المادة اربعة امور :

- ١- الوكيل بطلب الشفعة فإن له الخصومة والقبض فأذا طلب الوكيل بالشفعة شفعة موكله وقال له المشفوع ان موكلك سلم شفيعته لي وأقام البينة تسمع بحضور الوكيل وتبطل الشفعة :
- ٢- المأمور برد المبيع بخيار العيب الى بائعه له حق الخصومة واللبائع اقامة البينة على رضا البائع بالعيب بحضور هذا الوكيل .
- ٣- الوكيل بالرجوع عن الهبة له حق الخصومة فأذا ادعى الموهوب له بأنه اعطى عوضاً للواهب بمقابل هبته تسمع دعواه وينتبه بحضور الوكيل .
- ٤- الوكيل بالقسمة له الخصومة فأذا ادعى الشريك بأن شريكه الموكل قاسمه واخذ حصته تسمع دعواه وينتبه بحضور الوكيل بالقسمة .

❖ الفصل السادس ❖

(في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل)

الوكيل يعزل من الوكالة بأسباب عديدة وهي :

- ١- [للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة] ولو كانت دورية ولو اشترط بها عدم عزل الوكيل او كان الوكيل موكلًا ابدياً وما دام حياً لأن الوكالة عقد غير لازم في الأصل فلا تلزم الموكل او الوكيل وهي حق الموكل فله ابطالها متى شاء . وكذا انكار الموكل الوكالة وجوده اياها عزل فيما عدا الوكالة بالنكاح . وكذا في الوكالة الدورية يمكن للموكل عزل وكيله بأن يرجع عن الوكالة المعلقة ويعزله من الوكالة المنجزة .

[ولكن اذا تعلق بها حق الغير] او حق الوكيل نفسه [فليس له عزله كما اذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر يبيع الرهن عند حلول اجل الدين فليس للراهن الموكل عزل الوكيل بدون رضا المرتهن] .

وكذا اذا وكل الوكيل بالبيع موكله بقبض الثمن بأمر الحاكم فليس له عزله . وكذا اذا اعطى المديون بدين معجل مالاً الى دائنائه وقال له بع مالي هذا واستوف ما لك بذمتي فليس له عزله .

[كذلك لو وكل احد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي]
 اما اذا وكل المدعي احداً بطلب المدعى عليه . فله عزله بغياب المدعى عليه . وكذا اذا وكل المدعى عليه وكيلاً بطلب المدعي وبغيابه فله عزله قبل ان يبلغ خبر توكيله الى المدعي . ويجب ان يكون التوكيل بطلب المدعي وان يكون العزل بغياب المدعى عليه لأن الموكل المدعى عليه عزل وكيله بحضور المدعي ولأن القصد من التوكيل هو تأمين المدعي على دعواه بعدم اختفاء المدعي عليه وقد حضر بنفسه فلا حاجة للوكيل .

٢ — اذا عزل الوكيل نفسه من الوكالة .

٣ — اذا تم الأمر الموكل به .

٤ — و ٥ — وفاة الموكل او الوكيل وتجنن احدهما .

٧ — تبدل اسم الموكل به .

٨ — تلف دراهم الموكل في يد الوكيل بالشراء قبل الشراء .

٩ — اقرار الوكيل بالخصومة المستتني اقراره في حضور الحاكم .

١٠ — بلوغ الصبي الذي اقام له ابوه او وصيه وكيلاً قبل ايفاء الوكالة .

١١ — وكل آخر بقبض دينه ثم اخذ به حوالة على غير مديونه .

١٢ — مخالفة الوكيل موكله بالجنس خيراً او شراً وبالقدر شراً .

١٣ — الوكيل بالنكاح اذا أجرى عقد النكاح لنفسه .

١٤ — فسخ الشركة تبطل وكالة كل من الشريكين للآخر .

١٥ — الحجز على الصبي المأذون بعد التوكيل كل ذلك موجب لانعزال الوكيل من الوكالة .

مادة ١٥٢٢ [للوكيل ان يعزل نفسه من الوكالة] ويلزم اخبار موكله بذلك ولا يجبر الوكيل على العمل اذا امتنع ولا يضمن الضرر الذي ترتب على موكله بامتناعه مثلاً اذا وكله لبيع ماله ووفاء دينه فتأخر عن بيع المال المسلم اليه وامتنع وتلف المال في يده واجبر الموكل على دفع الدين ثانياً لا شيء على الوكيل .

[ولكن لو تعلق بها حق الغير كما ذكر آنفاً يكون مجبوراً على ايفاء الوكالة] .
 وله عزل نفسه من هذه الوكالة بحضور من تعلق حقه بها ويصح عزله اذا رضي صاحب الحق بذلك .

مادة ١٥٢٣ [اذا عزل الموكل الوكيل فيبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت] الا اذا وكل الموكل غائباً فله عزله واذا عزله قبل ان يصل له خبر التوكيل تنفسخ الوكالة ولا ينتظر وصول خبر العزل الى الوكيل .

مادة ١٥٢٤ [اذا عزل الوكيل نفسه فيلزمه ان يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهده الى ان يعلم الموكل بعزله]

واذا كان وكيلاً لشراء مال مغين وعزل نفسه من الوكالة فليس له شراؤه لنفسه ما لم يبلغ خبر انزاله الى الموكل اما الوكيل بالبيع او شراء الشيء الغير المعين او بالتكاح اذا عزل نفسه يعزل قبل وصول الخبر الى موكله .

مادة ١٥٢٥ [للموكل ان يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون ولكن ان كان الدائن قد وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة اذا أعطاه المديون الدين من دون ان يعلم عزله فيبراً]

مادة ١٥٢٦ [تنتهي الوكالة بمختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بالطبع] سواء كان ذلك من الوكيل او من الموكل بناءً عليه اذا وكل احد آخر ببيع او بأيجار ماله او بقضاء او بقبض دينه وقبل ان يفي الوكيل الوكالة باع الموكل المال او أجره او دفع ما عليه من الدين او قبض ماله عزل الوكيل من الوكالة . واذا باع الموكل ماله الذي وكل آخر ببيعه ثم اعيد له بخيار الشرط او بخيار الرؤية او بالفسخ بسبب الفساد بحكم الحاكم عادت الوكالة . وكذا اذا وكل وكيلاً بقبض دينه ثم اشترى مالا من المديون بمقابل هذا الدين عزل الوكيل من الوكالة اما اذا رد المبيع بخيار العيب للبائع المديون عادت وكالة الوكيل واذا عاد المسال الى الموكل بسبب غير الفسخ فلا تعود الوكالة بناءً عليه اذا وكل رجل آخر بالهبة ثم وهب المالك بذاته ورجع بهبته لا تعود وكالة الوكيل .

مادة ١٥٢٧ [ينعزل الوكيل بوفاة الموكل] حالاً قبل وصول خبر الوفاة الى

الوكيل ولو كان الموكل وصي الصغير بناءً عليه اذا قبض الوكيل بقبض الدين الدين من المدينون بعد وفاة موكله وقبل وصول الخبر له لا تبرأ ذمة المدينون .

[ولكن اذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل] (راجع المادة ٧٦٠) مثلاً لو وكل الراهن المرتهن او غيره ببيع المرهون عند حلول اجله وتوفي بعد ذلك الموكل او جن لا ينعزل الوكيل من الوكالة .

وفي رد المختار لا ينعزل الوكيل ببيع المبيع الوفاً ولو توفي الموكل لتعلق حق المشتري به .

مادة ١٥٢٨ [ينعزل وكيل الوكيل بموت الموكل] (راجع المادة ١٤٦٦٠) .
لأن وكيل الوكيل وكيل الموكل فأذا فقدت اهلية الموكل للتوكيل تنفسخ الوكالة .

مادة ١٥٥٩ [الوكالة لا تورث يعني اذا مات الوكيل فيزول حكم الوكالة وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه] .

أما حق رد المبيع بطلب خيار العيب ينتقل الى الوارث والوصي واذا كان لا وارث ولا وصي للميت ينتقل حق الرد على قول للحاكم وعلى قول لوصي القاضي ولا يقال بان الوكالة قد انتقلت للوارث لأن حق الرد ثابت في الأصل للوكيل .

مادة ١٥٣٠ [تبطل الوكالة بمجرد الموكل او الوكيل] لأن دوام التصرف غير اللازم هو حكم في الأبداء فدوامه وقيامه شرط ولذا يبطل بالوفاة والجنون . سواء كان الجنون مطبقاً او غير مطبق واذا جن الموكل جنوناً مطبقاً ثم أفاق لا تعود الوكالة وفي غير المطبق تعود .
واذا تعلق حق الغير بالوكالة فتبطل بوفاة الوكيل او بجنونه ولا تبطل بوفاة الموكل .

الوكالة الدورية والوكالة التي تعلق بها حق الغير

لقد تضرر الناس كثيراً في دمشق من جراء الوكالات التي اعتاد كتاب العدل على تنظيمها وتصديقها بعد ان قرر مجلس الشورى بدمشق قراراته المعلومة = قرر هذا المجلس ايام الحكومة العربية جملة مقررات بشأن الوكالات الدورية وقد ظن الناس وكتاب العدل بان هذه المقررات

يتميز لكتاب العدل بيع الأموال الغير المنقولة لدى كتاب العدل فتر كوادوائر التملك ونظموا المثات من الوكالات وساعدتهم في الأيام الأولى المحكة الشرعية ودوائر التملك والمحاكم على قبول هذه الوكالات واجرت معاملات كثيرة بالاستناد الى تلك الوكالات حتى بعد وفاة بعض الموكلين وصدر العزل منهم وقد انتهت محكمة التمييز بدمشق الى هذا الخطأ الفادح ونقضت بعض الأحكام الصادرة بشأن تثبيت حكم الوكالات الدورية من المحاكم ولا زالت المحاكم مشوشة في امر قبول هذه الوكالة ورفضها ولذلك فقد قررت لجنة تفسير القوانين في المدة الأخيرة قراراً يتضمن عدم اعتبار هذه الوكالات اذا توفي الموكل او اذا عزل وكيله الا ان هذا القرار لم يكن كافياً لأزالة التشويش على ما يظهر من المعاملات الجارية في هذا الباب ولذلك نقول :

ان المادة السادسة والثلاثين من قانون الأراضي لم تجز الفراغ الواقع بغير حضور مأمور الطابو وان الأرادة السنية الصادرة في ايلول سنة ١٣١٨ ألحقت العقارات بالأراضي ومنعت المحاكم من سماع دعاوى بيع وشراء الأموال الغير المنقولة التي لم تقع بحضور مأموري التملك وان المرصد ديون ثابتة على رقبة الوقف فاذا أقر صاحبها بقبضها بدون اجازة المتولي وحكم الحاكم الحنبلي كان دفعها من قبيل دفع دين الغير فيعند تبرعاً ويضيع المرصد ويعود العقاد ملكاً للوقف خالياً من الدين ولا يجوز بعد ذلك اعتبار الوكالة . على ان الأمر الصادر من نظارة الدفتر الخاقاني في الاستانة قد منع كتاب العدل من تنظيم الصكوك بحق الأموال غير المنقولة وكذلك محكمة التمييز بدمشق فقد رأت في المدة الأخيرة ان كتاب العدل ليس لهم تنظيم صكوك الوصايا وعدت ذلك خارج عن وظائفهم لذلك فان تنظيم هذه الوكالات من كتاب العدل هو اضرار للشتر بين وتضييع لأموالهم لأن البيع والفراغ اذا كان لا يقع الا بحضور مأموري التملك وقبض المرصد اذا كان لا يصح الا اذا حكم به الحاكم الحنبلي كان الأقرار بحق ذلك لدى كتاب العدل مضيقاً للمال ليس الا .

واذا رجعنا الى الحقيقة نرى ان الوكالة الدورية هي غير الوكالة التي تعلق بها حق الغير فتكون الوكالة دورية ولا يتعلق بها حق الغير والعكس بالعكس فالوكالة التي تعلق بها حق الغير هي الوكالة التي وقعت بصلب الرهن ولما كان الرهن لا يصح الا اذا جرى بدوائر الطابو كان من الواجب صدور الوكالة من الراهن في هذه الدوائر دون غيرها وهذا ما ارادته المجلة بقولها في مادة ١٥٢٧ (راجع المادة ٧٦٠) لأن هذه المادة وردت بحق الرهن . اما الوكالة الدورية فهي

الوكالة التي وردت مقيدة بقيد كقوله كلما عزلتلك فأنت وكيلي وهذه الوكالة يمكن للموكل ان يعزل وكيله منها كما بينا ذلك في مكانه الخصوص والواجب يقضي علينا ان لا نعطي احدهما قوة الأخرى وان لا نجعل الوكالة الدورية بحكم الوكالة التي تعلق بها حق الغير . ومتى كان كتاب العدل ممنوعين من تنظيم الصكوك بطلت الوكالة التي وردت ضمنها ولذلك فأني ارى ان من واجب الحكومة ان تضع حداً لمثل هذه المعاملات وان تصدر بلاغاً لكتاب العدل تمنعهم فيه من تنظيم هذه الوكالات وبذلك تحفظ الناس من ويلات عظيمة وتعلمهم كيفية مراجعة الدوائر الأيجابية بحق ما يريدون اجراءه من العقود لأن دوائر الطابو لم تتأسس الا لتسجيل العقارات وما يطرأ عليها من التبدلات هذا وقد اصدرت الحكومة اخيراً قانوني الرهون اللذين بحثنا عنهما بآخر كتابي البيوع والأجارة وصدر قبلهما قانون التصرف في الأموال غير المنقولة وورد في هذه القوانين ما يؤيد نظريتنا بلزوم اعتبار أسناد الطابو دون سواها فالأولى اذاً ان تعطى لدوائر التسجيل وظيفتها وتؤمر كتاب العدل بالكف عن تنظيم مثل هذه الوكالات .

خاتمة

بحث في الوكالة وأحكامها في القانون المدني الأفرنسي والتركي

عرّف القانون المدني الأفرنسي الوكالة تعريفاً مخالفاً لما عرّفته به الحجة فقد ورد بتعريف القانون ان الوكالة هي تفويض احد آخر تسوية اموره باسمه ولا نعتقد بدون قبول الوكيل . ومن تدقيق هذا التعريف يتضح بأنها اشترطت قيام الوكيل باسم الموكل واشترطت قبوله للوكالة وعندنا يجوز للوكيل اضافة العقد لنفسه او لموكله ولا يشترط قبول الوكالة في المجلس فتعتقد بغيابه موقوفة على رضائه وقوله وفعله .

ونعتقد الوكالة في القانون الأفرنسي بالمكاتبه وبالمشافهه ويجوز اثباتها بالشهود بشرط مراعاة احكام العقود والألتزامات الواردة في القانون المذكور وقد سكنت مجلتنا عن جهة اثبات الوكالات ولا بد من قبول اثباتها مكاتبه ومشافهه عملاً بسائر العقود الشرعية انما قانون كتاب العدل قد جعل الوكالات عندنا تابعة لمراسم خاصة وجعلها خطية لا قولية وهذا اقرب للحقيقة

لأن الوكالة يدخل تحتها عمومها وخصوصها وصلاحيه الوكيل ودرجة شمولها وفيما اذا كانت بالبيع او الفراغ او الأقرار وهذه أحكام منها ما لا يجوز اثباته بالبينة اصلاً . وورد في هذا القانون ان الوكيل لا يستحق اجرة على خدمته الا اذا وجد اتفاق يقضي بلزوم دفع الأجرة خلافاً لنظر ياننا الحقوقية فأن من استخدم آخر يدفع له أجرته اذا كان ممن يعملون بالأجرة والا فلا لأن شرط الأجرة يقع فرعاً لعقد الاستخدام وتابعاً له .

وقد قسم القانون المدني الوكالة الى عامة وخاصة وقال انها اذا عقدت مطلقة فلا تشمل الا الأمور الادارية ولا تتضمن البيع والرهن وماشابه ذلك من الخصوصات اما اذا صرح فيها لزوم اجراء ذلك من قبل الوكيل ومتى كانت مقيدة بالصلح فلا تتضمن نصب الحاكم .

ومما يجدر بالذكر هو ان المادة ١٩٩١ من هذا القانون اوجبت على الوكيل لزوم القيام بالعمل اذا قبل الوكالة واذا قصر في عمله يدفع الى موكله العطل والضرر المترتب عليه وقالت هذه المادة ان الوكيل يجبر على اتمام العمل الذي شرع فيه ولو مات الموكل اذا كان عدم اتمام العمل يوجب تهلكة وهذه أحكام تخالف نظرياننا لأن الوكيل وان كان مأجوراً ومجبوراً على العمل لكنه لا يدفع عطلاً وضرراً الى موكله عن العمل الذي لم يقم به لأن نظرياننا المدنية لم تبحث عن العطل والضرر المعروف بنظر الأوربيين وعندي ان وضع مادة قانونية تجعل الوكيل مجبوراً على القيام بالعمل متى كان مأجوراً - محامياً او غير محام - ومتى تمتع عن العمل واضر بموكله لأن ذلك من الضرورات في بلادنا .

وتبطل الوكالة بموت الموكل عندنا وليس للوكيل ان يقوم بالوكالة بعد وفاة موكله ولو كان هنالك ضياع أموال كثيرة لأن هذا الضياع ربما يقع وربما لا يقع على ان ضياع المال لا يوجب علينا ان نجعل الباطل حقاً والحق باطلاً لأن الوكيل يستمد الوكالة من موكله فإذا مات الموكل فقدت اهلية الوكيل بالاضافة الى موكله ولطالما اجزنا في نظرياننا المدنية للوكيل ان يضيف العقد لنفسه او لموكله فلا محل لقبول تصرف الوكيل بعد وفاة موكله عندنا لأننا نقبل منه ان يتصرف على مسؤولية نفسه لا اضافة لموكله .

وقد علم مما تقدم من المحلة ان وكيل الوكيل وكيل الموكل فإذا كان الوكيل مأذوناً بتوكيل غيره ووكله لا يسأل عن فعله وعمله واذا كان غير مأذون لا يقبل توكيله غيره اصلاً وفي القانون المدني الأفرنسي الأمر ليس كذلك فقد ورد فيه ان الوكيل اذا كان غير مأذون بتوكيل غيره

ووكله او كان مأذوناً بالتوكيل ووكل من عرف فيه فقدان الأهلية واليسار ضمن ما وقع منه بحق الموكل .

ولما كانت القوانين الأوربية تعطي النقود ورؤس الأموال أهمية عظيمة فقد ورد في المادة ١٩٩٦ من هذا القانون ان الوكيل اذا صرف نقود الموكل بمصالحه الذاتية يدفعها مع فائضها القانوني . وليس للموكل ان يعزل وكيله بدون سبب ويجبر على دفع اجرته واذا تأخر عن دفعها يدفع له العطل والضرر مع الفائض القانوني وليس له تأخير دفع اجرة الوكيل بداعي ان غيره كان بإمكانه القيام بعمله بمدة اقل من المدة التي قام بها الوكيل .

ونفسخ الوكالة في القانون المدني بعزل الوكيل واستعفائه وبالحجر على الموكل وبعجزه عن وفاء ماعليه من الدين وينعزل الوكيل ايضاً ببلاغه خبر توكيل غيره من الموكل وهذا مخالف للمحلة لأنها أجازت تعدد الوكلاء ولو بعقود مختلفة وتوكيل الوكيل الثاني لا يمنع الوكيل الأول من القيام بالوكالة الا اذا عزل الموكل وكيله الأول بوكالة الوكيل الثاني .

٧ اما القانون المدني التركي فإنه أجاز للوكيل قبض الأجرة واستيفائها اذا انفق الموكل والوكيل على ذلك او كانت العادة جارية بذلك . وقد اشترط هذا القانون قبول الوكيل الوكالة كما هي العادة المعروفة في المحلة والقانون المدني الأفرسي الا اذا كان للوكيل صفة رسمية لقبول ماعهد اليه من الأعمال او كان ذلك من مقتضيات عمله وصنعتة او كان اعلن ذلك يعتبر قد قبل الوكالة اذا لم يردّها حالاً . وللوكيل بمقتضى هذا القانون ان يقوم بكل عمل يمكن للموكل ان يقوم به عدا اقامة الدعوى والصالح والتحكيم وتعهد القامبيو والهبة وتمليك غير المنقول فان ذلك يحتاج الى صراحة في التوكيل وليس للوكيل ان يخالف موكله فيما امره به الا الأعمال التي لا يمكن استحصال الأذن بها والأعمال التي لو استؤذن الموكل من اجلها لا أجازها فلا نقييد بالأذن ويجوز فيه للوكيل ان ينحرف عن قيد الموكل . وقد عرفنا من قانوننا ان العقد يتضمن اخف منه لا مثله ولا اكثر منه . لذلك لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره بدون اذن صريح وهكذا القانون المدني التركي لم يميز للوكيل توكيل غيره اذا كان غير مأذون وأضاف الى ذلك امران آخران هما المحبورية والعادة فإذا جرت العادة بأن يوكل الوكيل غيره بما وكل به او كانت مضطراً للتوكيل فله ذلك . وهنا امر لا بد لنا من ان نقول فيه ان البلاد الغربية والمصرية قد اعتبرت وكلاء الدعوى من خواص القرم واجازت لهم القيام بأحكام الوكالات بأنفسهم وبغيرهم

وأجازت لهم أيضاً تنظيم أسناد الوكالة وتصديقها في مكاتبهم لأن الحكومة وضعت ثقتها التامة بهم وفي بعض البلاد اذا غاب الوكيل عن عمله يمكنه تكليف غيره للدفاع عنه في قضية عهد امر الدفاع بها اليه على ان يكون هذا المدافع الأخير مسؤولاً عن كل عمل يقوم به فهذه امور وان كانت تحالف مذهب ابي حنيفة رصاحيه الا اني ارى ان المدنية الحاضرة والأحتياجات الزائدة ان لم توجب قبول هذه الأساسات توجب تصفية المحامين والموظفين تصفية قانونية خالية عن كل غرض وعوض واعطاء المحامين بعد ذلك الثقة التامة بتنظيم الوكالات والصكوك ككتاب العدل اسوة بالبلاد الراقية ووضع قوانين شديدة لمن يقوم بعمل يضر بموكله لأن البلاد لا ترقى الا بالقضاء والقضاء لا يرقى الا اذا كانت نفسية المحامين كنفسية الحكام او اعظم وعليه فلا يحق للحكام ان يحتقروا المحامين اللهم الا اذا كان الوكيل هو الباعث او السبب في احتقار الحكام له فلا حق والحاكم يحتقر الوكيل او اذا كان الوكيل يحتقر نفسه قبل ان يحتقره الحاكم .

وقد اعتبر هذا القانون الوكلاء المتعدين مسؤولين مالاً تجاه موكلهم بالكفالة المتسلسلة وكذلك الموكلون المتعددون فهم مسؤولون تجاه وكلائهم كفالة متسلسلة وجعل الوكالة عقداً غير لازم واعطى لكل من الوكيل والموكل حق الانعزال والعزل الا ان من يتسبب لقطع علاقة الوكالة بزمان غير مناسب يضمن ضرر الطرف الآخر وهذا من الأمور الغير المعروفة في المحلة لأن العقد اذا كان غير لازم جاز لكل من العاقدين فسخه دون ان يكون مسؤولاً بعطل وضرر وقد عرفنا حتى الآن من قانوننا ان الوفاة والجنون من موجبات انفساخ الوكالة وكذلك القانون التركي فقد اعتبر ذلك من موجبات انفساخ الوكالة الا ان الانسحاب عن الوكالة اذا كانت يسبب ضياع حقوق الموكل فلو وكيل او ممثله او وارثه ان يداوم في الوكالة .

يتضح مما مر بيانه ان بحث الوكالة في القانون المدني الأفرنسي كان مقتصرأ على الوكالة ولم يقسمها الى وكالة بيع او وكالة شراء او وكالة دعوى الى غير ذلك كما ذكر في المحلة ولم تبحث هذه القوانين عن الوكالات الدورية والوكالات التي تعلق بها حق الغير لأن تلك القوانين لم تر لزوماً للتفریق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء بعد ان بحثت عن احكام الوكالة العمومية ولا شك ان المحلة وان اطنبت في ذلك فأنها لم تبق مجالاً لوقوع خلاف في الوكالات ودرجة شمولها في اكثر العقود على اختلافها ولم يبق مجالاً لاجتهادات الحكام التي لا تخلو من السهو والغلط في

أكثر الأوقات لا سيما وان المجلة بحثت عن الأمر والرسالة وهذه لا شك تتضمن أحكام قد لا توجد في الوكالة فلا يقال والحالة هذه بأن القوانين المدنية افضل من المجلة واقرب الى الاحتياجات بعد ان علمنا ان احتياجاتنا وعادتنا في هذه البلاد قد تأسست على وكالة وامر ورسالة • ولا بد لتعيين صلاحية كل من الوكيل والرسول والمأمور فيها مع ما في القوانين المدنية من تضمين الطرفين العطل والضرر الواجب وضعه في زماننا هذا بحق بعض الموكلين الذين ينوون هضم حقوق الوكيل منذ التوكيل وبحق بعض الوكلاء الذين تسلطوا على هذه المهنة لغاية تأمين منافعهم الذاتية فكانوا عالة على غيرهم وسبباً لانصراف الناس الى استحقاقهم واستحقاق مهنتهم فصار من الواجب الاعتناء بهذه الأمور ومنع السلايين من اتخاذ المحاماة مهنة للسلب ومنع الدجالين من اسقاط حيثية هذه المهنة الشريفة ومن تسببها املاً بالوصول الى دريهمات قد لا يصلون اليها بمهنة اخرى • فعلى السادة الحكام ان يطلبوا من الحكومة منع الدجالين وتقويم من رأوا في عمله اعوجاجاً من المحامين كي لا يزوا أمامهم الا من اجتمعت فيه الكفاءة والصفات العالية من المحامين فينتظم امر المحاماة وتتشرف المهنة برجالها الأقوياء وأبنائها البررة وتسير المحاكم سيراً حسناً لأن الحاكم اذا كان لا يرى في الوكيل الادفاعاً قوياً ونفساً شريفة لا يجسر على الانحياز عن الجادة المستقيمة ولا ينحرف عن القانون ولا شك ان العدل أساس الملك •



الكتاب الثاني عشر

(في الصلح والأبراء ويشتمل على مقدمة واربعة أبواب)

المقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية)

الصلح ثابت بالكتاب والسنة واجماع الأمة فقد ورد بقوله تعالى « الصلح خير » وبقوله عليه الصلاة والسلام ومعناه « كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً » وهو معقول بنظر العقلاء لأن المدعى اذا طلب حقه وانكره عليه المدعى عليه وكلف لأقامة البرهان وتحمل مشاق الدعوى لا بد وان يضمر للمدعى عليه عداً شديداً ربما كان سبباً للقتل او لارتكاب الجنايات وهذا لا يزيله الا الصلح لأنه سيد الأحكام .

مادة ١٥٣١ [الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول] لذلك يجوز الصلح بالدعوى الصحيحة وبالدعوى الفاسدة اما بالدعوى الباطلة فلا لأن الشيء متى بطل بطل ما هو ضمنه وقد جوزوه بعض الفقهاء عن الدعوى الباطلة ايضاً لأن الصلح فداء لليمين الا ان القول الاول هو الملقى به . بناءً عليه اذا توفي رجل وترك ولداً وشقيقاً فادعى الشقيق بحصة ارثية من شقيقه وتصالح مع ابن المتوفى عن دعواه فلا يعتبر هذا الصلح ولا ابن المتوفى ان يرجع بما أعطاه لعمه لبطلان دعواه . وكذا اذا قبض الوكيل جانباً من دين موكله

من المدين وسلمه الى موكله ثم ادعى "موكله عليه بالباقي وتصالحا على مبلغ فالصلح غير صحيح". وكذا لا تصح مصالحة البائع والمشتري والفارغ والمفرغ اليه في البيع والفراغ العادي عن الدعوى المتكونة بينهما بحق ذلك لعدم امكان سماع دعاوى البيع والفراغ العادي. وكذا الصلح عن اجرة النأحة واجرة المغنية - واجرة التصوير المحرم - والربا وحلوان المنجم وعن المالك المسروق بيد الأجير الخاص وعن الدعوى بطلب المال المسروق من الأجير المشترك غير صحيح لبطلان الدعوى بذلك على مذهب الأمام الأعظم الذي اختارته المادة (٦٠٧) من المجلة.

ويجوز الصلح عن الدعوى الفاسدة بسبب قصور وخلل بتصويرها او بسبب خطأ بمجودوها وما شابه ذلك كالصلح عن الدعوى المتناقضة.

واعلم ان الرضاء شرط من شروط الصلح وقد ورد في هذه المادة كلمة بالتراضي مشيرة الى ذلك فلا يعتبر الصلح المكره ..

الصلح ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي وبالكتابه وبأشارة الأخرس وبأيجاب المدعي فقط . ويشترط فيه الإيجاب اما القبول فلا الا اذا كان الصلح يتضمن المبادلة لذلك اذا كان المدعى به معينا بالتعيين كالصلح عن دعوى معلومة بمبلغ معلوم او كان المدعى به غير معين لكنه وقع على غير الجنس كالصلح على مبلغ من النقود الفضية بدلا من النقود الذهبية المدعى بها فيكون القبول لازما في ذلك ايضا .

و يكفي فيه الإيجاب اذا كان متضمنا لاسقاط بعض الحقوق لأن الاسقاط ابراء والابراء لا يحتاج الى القبول بل يرد بالرد انما يجب فيه وقوع الإيجاب من المدعي فإذا قال المدعي للمدعى عليه تصالحت معك على ثلاثين ليرة من الخمسين التي لي بدمتك تم الصلح بدون قبول المدعي عليه واذا وقع الإيجاب من المدعى عليه فلا بد من قبول المدعي لأن الصلح اما ان يكون اسقاطا فلا بد فيه من قبول الدائن المسقط واما ان يكون معاوضة فلا بد فيه من الإيجاب والقبول .

ويجب في الصلح وقوع الإيجاب والقبول بصيغة الماضي فلا يقعا بصيغة الأمر ولو من الموجب اذا كان مدعيا اما اذا كان الموجب مدعى عليه وكان الصلح واقعا على مال من عين الجنس غير معين بالتعيين يقع الصلح بالإيجاب المدعى عليه بصيغة الأمر وقبول المدعي بصيغة الماضي فإذا قال المدين بالف قرش الى دائئه صاحني على ثمانمائة قرش فأجابه الدائن صاحتك تم الصلح (بجر) .

واعلم بأن العقود من حيث احتياجها الى الأيجاب والقبول تقسم الى ثلاثة اقسام . القسم الاول : العقود التي تحتاج الى الأيجاب والقبول كالبيع والأجارة والحوالة والرهن والأيداع والهبة .
القسم الثاني : العقود التي لا تحتاج الى القبول مطلقاً كالكفالة . القسم الثالث : العقود التي منها ما يحتاج الى الأيجاب والقبول ومنها ما يحتاج الى الأيجاب فقط كالصلح .

ولا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس اذا كان المصالح عنه قيمياً كالصلح عن دعوى الدار في مقابل النقود او المكيل او الموزون او الدواب ولا عبرة للمصالح عليه سواء كان قيمياً او مثلياً او معجباً او مؤجلاً او كان المصالح عنه مثلياً والمصالح عليه قيمياً كالصلح عن دعوى الجوب في مقابل دار او عرصة او حيوان او كان المصالح عليه بعض المصالح عنه كالصلح على عشرين ليرة بدلاً من خمسين ليرة .

و يشترط قبض بدل الصلح في المجلس اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مثلياً من جنسين مختلفين كالصلح عن الخمسين ليرة بعشرين ليرة او عن الخمسين ليرة بخمسين مجيدياً او عن الخمسين مداً خنطة بعشرين مداً خنطة او بعشرين مداً شعيراً .

و ينعقد الصلح بالتعاطي اذا اخذ المدعي مالاً يستحق قبضه فأذا ادعى المدعي بدعوى على المدعي عليه فأنكرها واعطاه مالاً بدلاً مما يدعيه فأخذه المدعي وقع الصلح بالتعاطي ولا ينعقد الصلح بالتعاطي اذا اخذ المدعي ما يستحق اخذه كالمدعي اذا ادعى بالف قرش فانكر دعواه المدعي عليه واعطاه مئة قرش فأخذها لا يكونان تصالحاً على المائة قرش لأن المدعي يكون بعمله هذا قد اخذ جانباً من النقود بنية استيفاء الباقي واليقين لا يزول بالشك .

مادة ١٥٣٢ [المصالح هو الذي عقد الصلح] سواء كان اصيلاً او وكيلاً او وصياً او مدعياً او مدعى عليه .

مادة ١٥٣٣ [المصالح عليه هو بدل الصلح] سواء كان مالاً او غير مال .

مادة ١٥٣٤ [المصالح عنه هو الشيء المدعى به] ويشترط ان يكون المصالح عنه حق المصالح سواء كان معلوماً او مجهولاً او عيناً او ديناً او قصاصاً او منفعة فيبطل الصلح اذا كان المصالح عنه من حقوق الله اي من الحقوق العائد نصفها للعامة كالصلح عن الزنا او الصلح عن هدم الحائط المشرف على الأنهدام على الطريق العام لأن الصلح اما اسقاط او معاوضة ولا

حق في الوجهين للمصالح فيما يعود الى العامة لذلك لا يجوز الصلح مع الشاهد لأجل عدم الشهادة ولا الصلح مع القاذف على عدم اقامة الدعوى ولا الصلح مع صاحب الجدار المائل الى الانهدام على الطريق العام لان هذه الحقوق للعامة لا للمصالح فقط اذ ان حرمة الزنا شرعت لسلامة الأنساب وصيانة الفراش ولدفع الشرور التي تقع عادة بين عشيرة الزاني والمزني بها وقد سميت بحقوق الله لتعظيمها وتعظيم امرها والا فالله سبحانه وتعالى متعال عن الانتفاع بشيء من الأشياء (١) .

واذا صالح المصالح على ما لا يستحقه لا يصح صلحه فإذا ادعت الزوجة على زوجها بأن ابنها متولد منه وانكر دعواها وتصالحا على دعوى النسب لا تصح مصالحتهما لان النسب حق الولد لا حق الزوجة فليس لها الاعتياض عنه .

وكذا اذا ادعى احد العامة على آخر لتجاوزه على الطريق العام ثم تصالحا على مال لا يعتبر صلحهما وللصالح ولغيره اقامة الدعوى على المتجاوز الا امام المسلمين فان له الصلح عن الحقوق العامة اذا كان هنالك منفعة عامة على شرط وضع بدل الصلح في بيت المال .

وكذا المستودع فإنه ليس له المصالحة مع سارق الوديعة اذا كانت موجودة الا اذا أجاز المودع ذلك او كانت الوديعة تالفة فللمودع مصالحة السارق اذا لم يكن في الصلح غبنًا فاحشًا لان للوديع محاصمة الغاصب واستيفاء بدل الضمان منه (راجع المادة ١٦٧٧ من المجلة) .

ويشترط ان يكون المصالح عنه حقًا ثابتًا في محله فلا يصح الصلح عن الأبراء من الكفالة النفسية في مقابل مال لان حق المكفول له بالكفالة النفسية هو تسليم المكفول بنفسه وهو عبارة عن ولاية الطلب فلا يصح فيه الصلح واذا وقع الصلح سقطت الكفالة لان السقوط لا يحتاج الى عوض والساقط لا يعود . اما الصلح عن القصاص فيصح لان محل القصاص مملوك في الاستيفاء

(١) ملاحظة : ان هذه النظرية تخالف ما جاء بالنظريات الجزائية لان قانون الجزاء اعطى حق اقامة الدعوى والعفو عنها الى ولي المزني بها وزوجها اذا كانت ذات زوج واعطى حق اقامة الدعوى بالقذف والدم والقدح والتحقير الى نفس المقدوف او الشخص الواقع بحقه الدم والقدح والتحقير ولوارثه اذا كان ذلك مؤثرًا بحقوقه وتعليل ذلك مفصل بالنظريات الجزائية فلا حاجة لذكره .

والقصاص ثابت في محله ومن له القصاص يملك الاعتياض عنه . وكذا الصلح عن الكفالة المالية فهو صحيح لانه يسقط الدين عن الكفيل . وكذا الصلح عن الشفعة اي الصلح عن مال في مقابل تسليم الشفيع حق شفيعته باطل وتسقط الشفعة فيه لأن الشفيع ليس له في الشفعة الا حق التملك وهذا الحق هو عبارة عن ولاية التملك فلا يستعاض عنه . وكذا الصلح عن مقدار معين من المشفوع بحصته من ثمن المبيع باطل لجهالة الثمن ولا يسقط حق الشفيع من شفيعته اما الصلح عن نصف المشفوع في مقابل نصف الثمن صحيح ولا يبطل الشفعة .

مادة ١٥٣٥ [الصلح هو ثلاثة أقسام القسم الأول الصلح عن الأقرار وهو الصلح الواقع على اقرار المدعى عليه] صراحة وحقيقة وهذا ظاهر ومعلوم او حكماً كصلح المدعى عليه مع المدعي بعد الأقرار له بحقه [القسم الثاني الصلح عن الإنكار وهو الصلح الواقع على إنكار المدعى عليه] مثلاً اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ثم تصالحا على مال معلوم فيصح صلحهما ولا يطالب المدعى عليه بالمدعى به ولو اقر به بعد ذلك ولا تقبل بينة المدعي بعد الصلح (بحر) . [القسم الثالث الصلح عن السكوت وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بان لا يقر ولا ينكر] . ودليل انحصار الاقسام في هذه الثلاثة استقرائي وعقلي وذلك لان الخصم امام دعوى المدعي لا يتصور له سوى هذه الحالات الثلاث .

مادة ١٥٣٦ [الأبراء على قسمين الأول ابراء الأسقاط والثاني ابراء الاستيفاء اما ابراء الأسقاط فهو ان يبرئ أحد الآخر بأسقاط تمام حقه] القابل للأسقاط سواء كان مالاً كالدين او غير مال كالأجل اي الحق [الذي هو عند الآخر او بحط مقدار منه عن ذمته وهو الأبراء بالمبحث عنه في كتاب الصلح هذا واما ابراء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الأقرار] .

ويجب ان يكون الأبراء مضافاً الى الحق لا الى النفس كما هو صريح عبارة (اسقاط تمام حقه)

الواردة في هذه المادة لأن الأبراء من النفس هو اظهار العداوة والنفرة والأبراء من الحق هو اظهار الأنعام والمحبة . وكذا الأجل فإنه لا يبطل بقول صاحب الأجل انا برئت من الأجل او لا حاجة لي به ويبطل بقول المدين الى دائته ابرأتك من الأجل .

ويفهم من هذه المادة ان الأبراء اما ان يكون ابراء اسقاط او ابراء استيفاء فإذا وقع الأبراء مطلقاً يحمل على القبض والاستيفاء لأن الأبراء يجب حمله على ما هو محقق والمحقق هو ابراء الاستيفاء لأنه اقل من الاسقاط والاقل محقق والاكثر مشكوك .

ويفترق ابراء الاسقاط عن ابراء الاستيفاء أولاً من حيث اللفظ ثانياً من حيث كون الاول انشاء فلا تسمع فيه دعوى كذب الأقرار والثاني اخبار فدعوى كذب الاقرار فيه مسموعة كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٨٩) . ثالثاً امكان مطالبة ماوقع عليه الأبراء واسترداده فإذا أبرأ الدائن مدينه ابراء اسقاط بعد قبض الدين فلمدين استرداد مادفعه امامي ابراء الاستيفاء لا يرجع المدين على دائته بما دفعه له . رابعاً الاستيفاء أقل والاسقاط اكثر .

أما الفاظ الأبراء فمنها ما يشمل جميع الحقوق كالثمن والأجرة والغصب والأمانة والمهر وارش الجنایات كقول المبري لا حق لي قبل فلان لان كلمة قبل تشمل الأمانات والمضمونات ومنها ما يختص بالديون فقط كقول المبري فلان بري مما لي عليه من الحقوق لان كلمة على تستعمل في الديون ولا تشمل الأمانات ومنها ما يختص بالأمانات فقط كقول المبري لا شيء لي عند فلان او لا شيء لي مع فلان لان كلمتي عند ومع تستعمل في الأمانات ولا تشمل الغصب والديون .

وينقسم الأبراء باعتبار ما يعلق عليه الى أقسام . الاول : الأبراء من الدعوى والخصومة سواء كانت دعوى دين او دعوى مضمونة او أمانة او حق مسيل او شفعة او شرب فهو صحيح كما ذكر ذلك في المواد (١٥٦٤ — ١٥٦٦) فإذا أبرأ صاحب العين الغاصب من دعوى العين يمتنع عليه الأبداء بها منه ومطالبته بها وله الدعوى بها على غيره .

الثاني : الأبراء من الدين سواء كان ديناً او ثمن مبيع او قيمة مغضوب تلف بيد الغاصب قبل الأبراء فهو صحيح وتبرأ ذمة المبرأ .

الثالث : الأبراء من العين المضمونة على وجه الانشاء كقوله ابرأت فلاناً من العين التي لي عنده فلا يسقط هذا الأبراء حق الدعوى ولا يثبت ملك المبرأ لان الأعيان لا تسقط

بالأسقاط والمبري إقامة الدعوى على المبرأ وعلى غيره بل نلقب يد الغصب الى يد الأمانة ولا يشمل هذا الأبراء قيمة المغضوب لعدم امكان مطالبة القيمة من الغاصب مع قيام عين المال في يده .
الرابع : الأبراء من العين المضمونة على وجه الأخبار فتسقط فيه الدعوى والحق كقول المبري أن فلاناً بري من جميع مالي قبله فيشمل هذا الأبراء الديون والاعيان المضمونة والأمانات ولا يشمل الحق الحادث بعده لان الأبراء لا يشمل ما بعده .

الخامس : الأبراء من العين الأمانة فهذا الأبراء يسقط المدعي من حق الدعوى قضاء لا ديانة فلا تسمع دعوى المدعي بعده .
السادس : الأبراء من سائر الحقوق كالكفالة والحد والقصاص والارش والدية وخيار العيب (راجع المادة ١٥٦٢) .

مادة ١٥٣٧ [الأبراء الخاص هو ابراء احد آخر من دعوى متعلقة بخصوص مادة كدعوى الطلب من دار او ضيعة او جهة اخرى] .

كقوله ابرأت فلاناً من دعوى الدار الفلانية وقوله ابرأت زيدا من ديني عليه . يفهم من هذا ان خصوص هذا الأبراء باعتبار تعيين الحق الذي صار الأبراء سبباً لسقوط المطالبة به فيما بعده .

مادة ١٥٣٨ الأبراء العام ينقسم الى قسمين . الاول : الأبراء العام من كافة الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان او لا تعلق لي عليه او ليس لي معه امر شرعي او لا استحق عليه شيئاً فهو ابراء يشمل الديون والاعيان كما ورد ذلك بمن هذه المادة حيث قالت :

[الأبراء العام هو ابراء احد آخر من كافة دعاوى] الا ما يحدث منها بعد الأبراء والقسم الثاني : الأبراء العام من نوع حق كقوله ابرأت فلاناً من ديني عليه فلا يشمل هذا الأبراء الا الديون ولا يشمل الاعيان والأمانات . وكذا اذا قال المبري ليس لي عند فلان حق فيكون أبرأه من الأمانات ولا يشمل هذا الأبراء الاعيان المغضوبة .

« الباب الأول »

(في بيان من يعقد الصلح والأبراء)

مادة ١٥٣٩ [يشترط ان يكون المصالح عاقلاً] كما هو الحكم بجميع التصرفات [ولا يشترط ان يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز]
والمغني عليه والنائم والمدهوش والمبرسم [اصلاً] سواء كان الصلح مضراً به او غير مضر
وسواء كان مدعياً او مدعى عليه - و يصح صلح السكران بخمر زجراً له -

ملاحظة — ان المجلة اعتبرت المعتوه كالمجنون والصبي غير المميز وقد ورد في المادة (٩٧٨)
من المجلة بأن المعتوه بحكم الصبي المميز وورد في المادة (٩٦٧) بأن عقود الصبي المميز موقوفة
على اجازة وليه فمكان الاولى بالمجلة ان تطوي كلمة المعتوه من الفقرة الاولى من هذه المادة وتضيفها
الى الفقرة الثانية ولعلها أرادت من المعتوه المعتوه الذي لا يفهم شيئاً اصلاً .

[و يصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين] وكذلك صلح المعتوه سواء
كان الصلح نافعاً او غير نافع وسواء كان المصالح مدعياً او مدعى عليه ولا يصح الصلح اذا كان
مضراً بالصغير [كما اذا ادعى احد على الصبي المأذون شيئاً] من امور التجارة او مما هو من
ضروراتها كالدين والوديعة والمضاربة والغصب والعارية [واقر به] او انكره وكان للمدعي
بينة على دعواه [فيصح صلحه عن اقرار] او عن انكار واذا كان الصبي مدعياً ولا برهان
له على دعواه والخصم منكر فله عقد الصلح اذا كان الخصم يحلف اليمين اذا حلف والا فلا لأن
الصبي اذا كان قادراً على اثبات دعواه او كان الخصم مقراً او منكرأ ولا يقدم على حلف اليمين
فلا يجوز للصغير عقد الصلح معه لانه ليس له الخط والتزبل والتبرع .

[وللصبي المأذون ان يعقد الصلح على تأجيل وامهال طلبه] لان التأجيل والأمهال
من نتائج الأعمال التجارية والصبي المأذون كالبايع في ذلك سواء كان مدعياً او مدعى عليه

وسواء كان الخصم مقراً او منكراً وسواء كان للصغير بينة او لا . وللصبي المأذون حط التمن ونزيله صلحاً عن رد المبيع الذي باعه الى آخر وظهر فيه عيب قديم وليس له الحط والتنزيل بالثمن بدون وجود العيب القديم .

[واذا صالح على مقدار من طلبه وكان له بينة بتمامه فلا يصح صلحه] للضرر الظاهر في هذا الصلح ولأن الحط والتنزيل ابراء والمأذون ليس له الأبراء .

[وان لم تكن له بينة وتحقق ان خصمه سيحلف يصح] لان المال أولى من اليمين

[وان ادعى على آخر مالاً فصالح على مقدار قيمته يصح] سواء كان له بينة على دعواه او

لم يكن لان هذا الصلح يتضمن المبادلة والمبادلة من اعمال التجارة [ولكن اذا صالح على

نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال فلا يصح] لان هذا الصلح مضر بحق الصبي ضرراً بيناً .

ملاحظة — لقد ورد في شرح المادة (٩٧٢) من المجلة بأن للصبي المأذون ان يبيع ماله بغبن فاحش وقد ورد في هذه المادة انه ليس له ان يصالح على قيمة قيمى له بغبن فاحش والفرق بين الحكمين على ما يظهر هو ان البيع بالغبن الفاحش يكون لتطبيب قلوب الزبائن وتكثيرهم وهذا مفقود في الصلح .

مادة ١٥٤٠ [اذا صالح ولي الصبي] او وصيه او متولي الوقف [عن دعواه

فيصح ان لم يكن فيه ضرر بين وان كان فيه ضرر بين لا يصح بناءً عليه لو ادعى

احد على صبي كذا دراهم وصالح ابوه على ان يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح

ان كانت للمدعي بينة وان لم تكن له بينة لا يصح] .

سواء شهدت البينة بحضور الحاكم او بحضور ولي الصغير او وصيه او كان الولي او الوصي

متحققاً بأن بينة المدعي ستشهد له على دعواه والحاكم سيحكم بمقتضاها . ويصح في كل الاحوال

صلح الولي والوصي والمتولي بدعوى الصغير على مال نفسه ولو بضرر بين لعدم لحوق ضرر

بالصغير وبماله .

[واذا كان للصغير طلب في ذمة آخر وصالحه ابوه بحط ونزول مقدار منه فلا يصح صلحه ان كانت له بينة] او كان قد حكم بطلب الصغير [وان لم تكن له بينة وتحقق ان المديون سيحلف يصح] .

واذا ظفر ولي الصغير ووصيه او الصغير بعد بلوغه بينته على طلبه وحقه فله اقامتها وتقض الصلح الا ان هذا الحكم منسوخ في زماننا ولا يقبل التطبيق لوجوب حصر الشهود في الدعوى على ما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية الا اذا قبلنا عدم صحة أقرار ولي الصغير بحصر البينة ولا يوجد في الأصول ما يشير الى ذلك .

[ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار طلبه] او انقص منه نقصاً يسيراً سواء كان الخصم مقراً للولي والوصي او لم يكن لأن المصالحة على هذه الصورة معاوضة وللولي والوصي المعاوضة في مال الصغير [ولكن اذا وجد غبن فاحش فلا يصح] لان المصالحة على هذه الصورة تبرع اما اذا كان لا بينة للولي او الوصي على دعواه وظهر وتحقق اقدام الخصم على حلف اليمين فيجوز للولي وللوصي الصالح على مال الصغير بغبن فاحش وهذا كله يجري بالحقوق التي لم تكن ناشئة من عقد الولي او الوصي لان الناشئ منها من عقودهم يصح لهم الصلح عنها ولو بغبن فاحش ويضمنوا مقدار ما حط ونزل من مال الصغير .

مادة ١٥٤١ [لا يصح أبراء] اسقاط [الصبي] المأذون وغير المأذون [والمجنون والمعتوه مطلقاً] . ويجوز ابراء استيفاء الصبي المأذون . وبراء الولي والوصي مديون الصبي عن معاملات أجروها بمباشرتهم ويضمنوا ما أبرأوه . واذا اختلف المبرئ والمبرأ فقال المبرئ كنت صغيراً وقال المبرأ كنت كبيراً حين الأبراء فالقول قول مدعي الصغر ولا فرق بين ان يكون الصبي مميزاً او غير مميز حسبما يدل عليه اطلاق المادة .

مادة ١٥٤٢ [الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح] لان الخصومة ضد الصلح والشئ لا يتناول ضده [بناءً عليه اذا وكل احد آخر بدعواه وصالح على تلك

الدعوى بلا اذن فلا يصح صلحه [وتبقى الدعوى على حالها و يبقى الصلح موقوفاً على اجازة الموكل . وكذا الوكالة بالصلح لا تستلزم الوكالة بالخصومة وذلك لأن معنى الخصومة في اصطلاحات الشرع هو التوصل بالطرق القانونية لأثبات الحق ومن الصلح ما يكون اسقاطاً ومنه ما يكون بيعاً او أعارة وكل هذه الحقائق تبين معنى الخصومة فلا تكون مدلولاً عليها لا حقيقة ولا مجازاً .

مادة ١٥٤٣ [اذا وكل احد آخر على ان يصالح عن دعواه وصالح ذلك بالوكالة فيلزم المصالح عليه الموكل ولا يؤاخذ الوكيل بذلك ولا يطالب به] .

اذا كان الصالح لا يحتمل المعاوضة كالصلح على مقدار من الدين سواء كان عن اقرار او عن انكار او عن سكوت لانه اسقاط والوكيل فيه سفير . والقاعدة في ذلك هي ان الصلح اذا كان من قبيل الأسقاط يجب فيه بدل الصلح على الموكل لوجوب اضافته الى الموكل والوكيل فيه سفير ومعبر كالصلح عن الدين بمقدار من جنسه وعن دم العمد وعن الجناية فيما دون النفس وعن النكاح فإنه يقع على الموكل سواء كان عن اقرار او عن انكار او عن سكوت الا اذا ضمنه الوكيل . وكذا الصلح عن مال بمال عن انكار يقع بدل الصلح فيه على الموكل سواء كان المال المصالح عليه والمال المصالح عنه من جنس واحد او من أجناس مختلفة او كانا دينان مختلفي الجنس . واذا كان الصلح عن معاوضة مالية يقع على الوكيل لان حقوق العقد تعود للعاقد الا اذا أضاف الوكيل العقد الى موكله . واذا دفع الوكيل بدل الصلح يرجع به على موكله لان الأمر بالصلح امر بالضمان في كل الأحوال .

[الا ان يكون الوكيل قد ضمن المصالح عليه فعلى هذا الحال يؤاخذ الوكيل بحسب كفالاته] ويرجع على موكله بما دفعه .

[وايضاً لو صالح الوكيل عن اقرار بمال عن مال وأضاف الصلح الى نفسه فحينئذ يؤاخذ الوكيل يعني يؤخذ بدل الصلح منه وهو يرجع على الموكل] .

واذا أضاف الصلح الى نفسه او صالح عن انكار يؤاخذ الأصيل لا الوكيل لان هذا الصلح فداء لليمين وقطع للزاع سواء كان عن مال بمال او كان بصورة اخرى .

[مثلاً لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا يكون الوكيل مسؤولاً عنه لكن لو قال صالح على كذا وانا كفيل به يؤخذ ذلك المبلغ منه وهو يرجع على موكله وايضاً لو وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال بأن كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله المدعي صالحني عن دعوى فلان بكذا يؤخذ بدل الصلح منه لأنه في حكم البيع وهو يرجع على الموكل] .
واذا عقد الصلح بالاضافة للموكل يؤخذ بدل الصلح من الموكل .

مادة ١٥٤٤ [اذا صالح احد وهو فضولي يعني بلا امر عن دعوى واقعة بين شخصين] وأضاف الصلح لنفسه يجب عليه بدل الصلح سواء أضاف الصلح الى ماله او الى ذمته او لم يصف لان اضافة العقد لنفسه التزام لبذل الصلح في مقابل اسقاط اليمين عن المدعى عليه واذا أضاف الفضولي الصلح الى المدعى عليه كقوله صالح فلان عن دعواك عليه فأما ان يضمن الفضولي الصلح او لا يضمن واذا لم يضمن بدل الصلح فأما ان يضيفه الى ماله او لا يضيفه واذا لم يضيفه الى ماله فأما ان يشير الى نقد او عرض او لا يشير واذا لم يشير اما ان يسلم او لا يسلم فالصلح بارع صور من ذلك لازم وبالصورة الخامسة موقوف كما سيأتي تفصيل ذلك .
الصورة الأولى : [فأن كان ضمن بدل الصلح] كقوله صالح فلان على مالك بدمته عليه وقدر ذلك الف قرش على ان اكون ضامناً لذلك وقبل المدعي تم الصلح وصح لان هذا الصلح ابراء للمدعى عليه ولان للأجنبي استتصال براءة المدعى عليه وبهذه الصورة اذا ما وجب بدل الصلح على المصالح بسبب عقده - لأنه سفير - يجب عليه بسبب ضمانه ولا يرجع المصالح على المدعى عليه بشئ لانه متبرع ولا يملك المصالح الفضولي المال الموجود بيد من وقع الصلح له لأن المال لمن هو في يده سواء كان مقراً او منكراً ولا يكون الفضولي كفيلًا للمدعى عليه لأن الكفالة هي ربط ذمة بذمة فلا تستقدم مع انكار المدين ما عليه من الدين .

الصورة الثانية : [أو أضاف بدل الصلح الى ماله بقوله على مالي الفلاني] تم الصلح وصح لان المصالح الفضولي لما أضاف الصلح الى ماله التزم تسليمه .

الصورة الثالثة : اذا لم يضمن بدل الصلح ولم يصفه الى ماله لكنه [أشار الى النقود او العروض الموجودة بقوله علي هذا المبلغ او علي هذه الساعة] صح الصلح لأنه عين ماله المشار اليه بدلاً من الصلح وعينه للتسليم .

الصورة الرابعة : [او اطلق بقوله صالحت على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء وسلم المبلغ يصح الصلح بهذه الصور الأربع ويكون المصالح متبرعاً] . لأن تسليم البديل هو فوق التعهد والضمان واتمام للمصالحة وتبرأ ذمة المدعى عليه ولا شيء للفضولي من المصالح عنه .

[واذا لم يسلم بدل الصلح بالصورة الرابعة فيكون موقوفاً على أجازة المدعى عليه فإن أجاز يصح الصلح ويلزمه بدله] لان الأجازة اللاحقة بمثابة التوكيل [وان لم يحز يبطل الصلح وتبقى الدعوى على حالها] .

ولا فرق بين ان يكون المدعى عليه مقراً او منكراً او ان يكون بدل الصلح عيناً او ديناً لان الفضولي اذا لم يصف العقد الى نفسه او الى ماله او الى مشار اليه ولم يسلم بدل الصلح لا يكون مؤاخذاً بعقده لأنه لا ولاية له على المدعى عليه وليس له أيجاب عقد عنه بدون رضائه وليس له اسقاط حق المدعي بدون مقابل ومتي بطل الصلح بطل ما هو ضمنه .

ويجب ان يكون الفضولي اهلاً للتبرعات واذا ضبط بدل الصلح بالأستحقاق او ظهر انه نقود زائفة يطالب به الفضولي اذا كان ضامناً لبديل الصلح لأنه التزم ذلك بالضمان ولا يطالب بالصور الباقية لأنه متى عين ماله معلوماً بدلاً للصالح لا يكلف لدفع غيره انما يجوز للمدعي الرجوع بدعواه لانه لم يرض بترك حقه مجاناً .



« الباب الثاني »

(في بيان بعض أحوال المصالح عليه والمصالح عنه وبعض شروطهما)

مادة ١٥٤٥ [ان كان المصالح عليه عيناً] كالعقار والعروض والموزون [فهو في حكم المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن فالشئ الذي يصلح لأن يكون مبيعاً او ثمناً في البيع يصلح لأن يكون بدلاً في الصلح ايضاً] .

ولذا يجوز ان يكون بدل الصلح معجلاً او مؤجلاً كضمن المبيع فالعروض والعقار والكيلى والموزون يجوز ان يكون ثمناً وبدلاً للصلح والقاعدة في ذلك هي ان الصلح يحمل على العقد الذي يمكن حمله عليه لوجوب اعتبار تصرف العاقل بقدر الأمكن ويكون الصلح في بعض الأوقات عقداً لا يمكن حمله على عقد معلوم كالصلح عن دعوى دم العمد المقامة من طرفين على بعضهما . ويجوز عقد الصلح على شئ لا يكون مبيعاً او ثمناً كالصلح على المجهول مثلاً اذا ادعى احد على آخر بحق من دار في يده وادعى المدعى عليه على المدعى بحق بمديقة في يده وتصالحا على الدعواين صح الصلح ويكون المصالح عليه غير معلوم كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٤٧) من هذا الكتاب .

مادة ١٥٤٦ [يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح وملكه] فلا ينعقد الصلح على الجيفة ولا على الإنسان الحر . و ينعقد الصلح على المنافع كركوب الدابة وسكنى الدار وزراعة الأراضى ولبس الثياب والحلي واستعمال الخيام .

[بناءً عليه لو أعطى المصالح مال غيره ليكون بدل الصلح لا يصح صلحه] الا اذا أجاز صاحب المال فيصح الصلح ويأخذ صاحب المال قيمة ماله من المدعى عليه . وكذا اذا ضبط بدل الصلح بالأستحقاق يبطل الصلح (راجع المادة ١٥٥٠) . وهذا فيما يتعلق بالمصالح عليه اذا كان من الأعيان التي نعتين بالتعيين اما اذا كان ديناً او عيناً لا نعتين بالتعيين كالنقود وأجاز الصلح صاحبها جاز ووجب على المصالح اعطاء مثل المصالح عليه كما سيأتي ذلك بشرح المادة ١٥٤٨

من هذا الكتاب . وقد ورد في هذه المادة كلمة لا يصح وكان الأولى ان يحجر بدلاً منها لا ينفذ لان صلح الفضولي موقوف النفاذ على الأجازة .

مادة ١٥٤٧ [يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين ان كانا محتاجين الى القبض والتسليم] ويجب ان يكونا مقدوري التسليم وان لا يكون تسليمهما مضرًا [والا فلا] لذلك لا يصح الصلح اذا كان بدل الصلح مجهولاً او حيواناً فاراً او طيراً طائراً ولا يصح اذا كان تسليمه مضرًا كجدار الدار وكم الثوب .
وكذا اذا ادعى المدعي حقاً بدار لم يبينه وتصلح مع المدعي عليه عنه على مال معلوم لا ينعقد الصلح لجهالة المصالح عنه .

واعلم ان بدل الصلح اما ان يكون نقوداً فيحتاج الى توصيف اذا كان مشاراً اليه واما ان يكون من غير النقود كالمكيلات والموزونات فيجب بيان اوصافه اذا كان غائباً عن المجلس والا فالأشارة اليه اذا كان موجوداً في المجلس وحيث ان المثليات والمكيلات والموزونات المشار اليها تثعين بالتعيين فلا يجوز للمصالح اعطاء المدعي غيرها . واذا لم تكن موجودة في المجلس فأما ان يكون بدل الصلح كالفضة والذهب فيجب بيان جنسه ومقداره ويجب اعتبار الأجل فيه اذا تبين والا فلا ولا حاجة لبيان وصفه لانه يصرف على المتداول منه .
واما ان يكون مكيلاً او موزوناً لا حمل ولا مؤنة له فيجب بيان قدره ووصفه لان المكيلات والموزونات تكون أعلا وادنى وأوسط .

واما ان يكون مكيلاً او موزوناً يحتاج الى الحمل والمؤنة فيجب بيان قدره ووصفه ومكان تسليمه عند الامام الأعظم لأن العقد فيه يتعلق بالمسمى .
واما ان يكون ثوباً فيجب بيان ذراعه وصفته .

واما ان يكون حيواناً فيجب ان يكون معلوماً لأن الصلح من التجارة والحيوان لا يكون ديناً .
[مثلاً لو ادعى احد من الدار التي في يد آخر حقاً وادعى هذا من الروضة التي هي في يد ذلك حقاً وتصالحا على ان يترك كلاهما دعواهما من دون ان يعينا مدعاهما يصح] لأن الجهالة في الساقط لا توجب النزاع ولا تحتاج الى التسليم . وكذا الصلح عن

الدعوى الصحيحة والفاصلة صحيح والصالح عن الدعوى الباطلة غير صحيح لأن معلومية المدعى به من صحة الدعوى وشروطها كما ورد ذلك في المادة (١٦١٩) من المجلة فأذا جهلت الدعوى بطلت وبطل الصالح عنها .

[كذلك لو ادعى احد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وصالحه على بدل معلوم لينزك الدعوى يصح ولكن لو تصالحا على ان يعطي المدعي للمدعى عليه بدلاً وان يسلم هذا حقه الى ذاك لا يصح] .

لأن المصالح عليه في الوجه الأول لا يحتاج الى التسليم وفي الوجه الثاني يحتاج الى التسليم ولما كان مجهولاً فتسليمه يوجب النزاع وبطل الصالح .

وكذا اذا ادعى رجل على آخر حقاً بعقار فتصالحا على ان يعطي المدعى عليه بدلاً غير معلوم او ادعى المدعي حقاً بأشجار زيتون قائمة وتصالح مع المدعى عليه على ان يأخذ حاصلات تلك الأشجار بثلاث السنة لا يصح الصلح للجهالة بالبدل لأنه محتاج للتسليم .



« الباب الثالث »

(في المصالح عنه ويشتمل على فصلين)

المصالح عنه اربعة أنواع . الاول : دعوى المال فالصلح اذا وقع بمال عن اقرار يكون بيعاً بحق المتعاقدين واذا وقع بمال عن سكوت يكون بيعاً بحق المدعي وفداءً لليمين وحسماً للنزاع بحق المدعى عليه واذا وقع بمنفعة يكون أجارة .

الثاني : دعوى المنفعة يجوز الصلح عن دعوى منفعة السكنى بالدار او ركوب الدابة في مقابل مال معلوم او في مقابل منفعة من غير جنسها .

الثالث : دعوى حق الشرب ودعوى حق المرور والشفعة ، فيجوز فيها الصلح عن نفس الحق كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٥٥)

الرابع : دعوى الجناية ، كالقتل عمداً او خطأ ودعوى الجناية فيما دون النفس كالشج وقطع

العضو فالصلح في ذلك صحيح و بدل الصلح يجوز ان يكون معادلاً للدية او زائداً عنها او أكثر منها الا اذا كان ولي القاتل صغيراً وكان القصاص ثابتاً بالبينة او كان القاتل مقرأ فليس للولي و الوصي الصلح على ما دون الدية واذا تصالحا لا يعتبر صلحهما ومتى بلغ الصغير اخذ الدية من القاتل بتمامها وكذا الحكم في المجانين والمعتوهين اذا كانوا أولياء المقتول .

* * *

❖ الفصل الأول ❖

(في الصلح عن الأعيان)

مادة ١٥٤٨ [ان وقع الصلح عن الأقرار على مال معين عن دعوى مال معين]
 قيمي او مثلي [فهو في حكم البيع] وتجري فيه أحكام البيع لأن هذا الصلح يتضمن المبادلة فالصالح عايمه والمصالح عنه اذا كانا من الأعيان القيمة او احدهما قيمي والآخر مثلي ووقع الصلح عن اقرار او كانا من المثليات المختلفة الجنس وقبض بدل الصلح في المجلس فالصلح صحيح وهو بحكم البيع . واذا وقع الصلح عن اقرار على جنس المدعى به بأقل منه يكون حطاً واذا وقع بمثله يكون استيفاء واذا وقع بأكثر منه يكون رباً وغير صحيح . وبما ان الصلح عن اقرار اقرار على ما جاء في هذه المادة فيتفرع عن ذلك المسائل الآتية :

اولاً : اذا تصالح المدعى عليه مع المدعي عن دعوى الدار عن اقرار بمال مؤجل الى ان تنزل المطر فالصلح غير صحيح (راجع المادة ٢٤٨) .

ثانياً : اذا كان الصالح عليه مجهولاً فالصلح فاسد (راجع المادة ٢٣٨) .

ثالثاً : اذا تصالح المدعي على ثمن المبيع الذي يطلبه البالغ عنه الف قرش مع المدعى عليه على مكمل او موزون ثابت في الذمة وغير معين لا يصح الصلح لأنه معدوم حتى ولو ذكرت شرائط السلم وسلم بدل الصلح في المجلس لأن رأس المال دين (بزازية) .

رابعاً : اذا صالح المدعي عن دينه المؤجل بمال عن أقرار وبعد ان استلم بدل الصلح رده لعيب قديم فيه عاد الأجل اما لو أقال البيع لا يعود الأجل واذا رده بخيار العيب وكان للمدين كفيلاً او رهناً عادت الكفالة والرهن .

خامساً : الصلح كالبيع [فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري دعوى الشفعة ايضاً ان كان المصالح عليه والمصالح عنه عقاراً] .

لذلك اذا ظهر في بدل الصلح عيب فاحش او عيب يسير فلمدعي رده واذا حصل فيه عيب حادث بعد التسليم فلمدعي طلب نقصان الثمن واذا رد المدعي بدل الصلح لعيب فيه عاد الى دعواه الاولى واذا كان بدل الصلح نقداً وظهر بأنه زيف بعد التسليم فلمدعي رده وطلب نقد جيد من المدعى عليه حتى ولو كان رأى النقود قبل قبضها وقال له المدعى عليه خذها فأذا لم تقدر على دفعها وصرفها انا اصرفها لك وهذا مخالف لما جاء في البيع لأن المشتري اذا رأى العيب القديم في المبيع وتمنع من استلامه وقال له البائع خذه واستلمه اذا كنت ترى ان هذا العيب دائم فيه فأنا أردته لك فاستلمه المشتري تم البيع وليس للمشتري رد المبيع بخيار العيب لأن المشتري قد استلم عين حقه وهو المبيع اما الدائن فقد قبض مثل حقه وله الرد .

وكذا الشفعة فإذا ادعى المدعي على المدعى عليه بدار فأقر له المدعى عليه بدعواه وتصلح معه على اعطائه دار غيرها فالشفعة لصاحبها في الدارين واذا كان بدل الصلح نقداً او مثلياً فالشفعة تجري في الدار الواحدة فقط .

سادساً : اذا كان بدل الصلح مما يحتاج للتسليم فيجب ان يكون مقدور التسليم وان لا يكون تسليمه مضرراً فلا يصح الصلح على الطير الطائر والحيوان الفار وكم الثوب .

سابعاً : اذا كان بدل الصلح عيناً يجب ان لا يكون مؤجلاً (راجع المادة ٢٤٥) .

ثامناً : واذا وقع الصلح على ترك المدعى به بيد المدعى عليه [واستحق كل المصالح عنه او بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً] لأن كلاً من المصالح عنه وبديل الصلح عوض الآخر فإذا ادعى رجل على آخر بدار ثم تصلح معه على عشرة ليرات عثمانية وبعد ان قبض بدل الصلح استحققت الدار من يد المدعى عليه فلمدعى عليه ان يرجع ويسترد العشر ليرات من المدعي . اما اذا ضبطت العشر ليرات من المدعي بالأستحقاق فيرجع على المدعى عليه بمثلها ولا ينقض العقد واذا وقع الصلح على ان يأخذ المدعي المدعى به فأخذه وضبط من يده فلا شيء على المدعى عليه .

[ولو استحق بدل الصلح كله او بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار المصالح عنه كلاً او بعضاً] واذا استحق بعض بدل الصلح فالمدعي بالخيار ان شاء ابقى الباقي في يده ورجع بقسم من دعواه وان شاء رد الباقي ورجع بكل المدعى به الا اذا كان بدل الصلح دراهم ودنانير من جنس المدعى به وضبط هذا البديل بالأستحقاق يرجع المدعي بمثل النقود ولا ينتقض الصلح واذا أجاز المستحق الصلح بقي بدل الصلح الى المدعي ورجع المستحق على المدعي عليه بمثله او بقيمته .

واذا كان بدل الصلح غير معين بالتعيين وضبط لا ينقض الصلح لأن الصلح يقع على جنسه وقدره لا على عينه فأذا صالح المدعى عليه عن اقرار بدعوى الدار على خمسين ليرة واستحققت بعد الدفع لا ينقض الصلح بل يدفع المدعى عليه مثل المبلغ اما اذا تصالح بخمسين ليرة بدلاً من الف ريال مجيدي وضبطت الليرات بالأستحقاق بعد القبض ينقض الصلح ويبطل لان الصلح على غير الجنس معاوضة . واذا ادعى المدعي بنصف دار وتصلح مع المدعى عليه على مبلغ من النقود قبضه واستوفاه وبعد ذلك ضبطت نصف الدار بالأستحقاق ينظر فأذا قال المدعي حين الدعوى ان نصف الدار له والنصف الآخر الى المدعى عليه رجع المدعى عليه بنصف بدل الصلح واذا قال المدعي حين الدعوى ان نصف الدار له وسكت عن ذكر النصف الآخر او قال انه لا يعرف لمن وضبط النصف فلا يرجع المدعى عليه بشيء على المدعي . وكذا لو ادعى المدعي حقاً في دار فصالحه المدعى عليه ثم استحق شيء من الدار فالمدعى عليه لا يرجع على المدعي بشيء . وكذا اذا ادعى المدعي بنصف الدار وقال ان النصف لي والنصف الآخر لفلان — غير المدعى عليه — وتصلح مع المدعى عليه وقبض بدل الصلح وضبطت نصف الدار فلا يرجع المدعى عليه بشيء لأن اقراره بالنصف الآخر الى غير المدعى عليه باطل لأنه اقرار بما في يد الغير فلا يصح فيه الأقرار واذا ادعى المدعي نصفاً معيناً من دار وصالح عليه ثم ضبط النصف من الدار فأذا كان المضبوط هو النصف المصالح عليه رجع المدعى عليه ببديل الصلح والا فلا (خانية) .

تاسعاً : اذا كان بدل الصلح عريضة فأنشأ المدعي بناءً فيها ثم ظهر مستحق فادعاها واثبت دعواه او كلف المدعي لحلف اليمين فتمنع وثبتت دعوى المستحق بنكوله واخذها منه يرجع المدعي على المصالح بدعواه الأولى مع قيمة البناء (انظر المادة ٦٥٧) .

[مثلاً لو ادعى احد على آخر بدار وتصالحا على ان يعطيه كذا دراهم مع ان المدعى عليه اقر بكون الدار له يكون كأن المدعي باع تلك الدار للمدعى عليه ويجري في هذا أحكام البيع كما ذكر آنفاً] وهي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب والشفعة والرجوع بعد الاستحقاق وخيار الغرور لأن كلاً من بدل الصلح والمصالح عنه عوض عن الآخر . وتشتمل دعوى المال الوارد ذكرها في هذه المادة الوديعة والعارية فالوديعة اذا كانت قائمة بعينها يصح الصلح عنها قضاء اذا كان الوديع منكراً والا فلا . مثلاً لو كانت الوديعة عشرين ريالاً فأناكرها الوديع وتصالح مع المدعي على عشرة ريالات صح الصلح قضاء لأن الصلح بيني وجوازه على زعم المدعي وفي زعمه ان الوديع صار غاصباً بالجحود فيجوز الصلح معه . واذا كانت الوديعة عشرين ريالاً مجيداً فصالح عنها بثلاث او بخمس ليرات فأذا كان الصلح عن انكار وبدل الصلح مقبوضاً في المجلس صح سواء كانت المجيديات موجودة او غير موجودة في المجلس واذا وقع الصلح عن اقرار ينظر فأذا كانت الوديعة موجودة في المجلس وجدد الوديع قبضها بعد الصلح وقبض المودع بدل الصلح في المجلس صح واذا كانت الوديعة غير موجودة في المجلس لم يجدد القبض يبطل الصلح .

واذا ادعى الوديع رد الوديعة الى المودع او ادعى تلفها وانكر المودع ذلك وتصالح الصلح . واذا ادعى الوديع رد الوديعة الى المودع او هلاكها وادعى المودع الأبداع والأتلاف من الوديع وتصالحا بعد ذلك لا يصح الصلح عند الأمام الأعظم و يصح عند الأمام محمد الا اذا ادعى الوديع الرد او التلف وحلف اليمين وصالح بعد ذلك يبطل صلحه بالأتفاق لبراءة ذمته بحلف اليمين .

واذا ادعى الوديع الرد او الهلاك وسكت المودع وتصالحا فصلحهما باطل عند ابي يوسف وصحيح عند محمد .

استثناء : البيع عن اقرار هو بحكم الصلح فلو ادعى المدعي على المدعى عليه بألف قرش فأقر له المدعى عليه بدعواه واعطاه دابةً صلحاً عنها ثم تصادقا على عدم صحة دعوى المدعي في الأصل لا يبطل صلحهما لأنه بيع اما اذا استوفى الدائن مطلوبه من المدين ثم تصادقا على عدم

وجود الدين يجب على الدائن اعادة ما قبضه لأن ما بني على الباطل فهو باطل اما البيع الوارد في هذه المسألة فهو مستثنى عن الدين .

مادة ١٥٤٩ أولاً [ان وقع الصلح عن الأقرار على المنفعة في دعوى المال]
 ثانياً ان وقع عن الأقرار على المنفعة في دعوى المنفعة . ثالثاً ان وقع عن الأقرار على المنفعة في دعوى المنفعة من جنس آخر [فهو في حكم الأجرة ويجري فيه احكام الأجرة]
 لأن حمل الصلح على اقرب العقود واجب والعبرة للمقاصد والمعاني . لذلك فكل منفعة يجوز ان تكون بدل ايجار يجوز ان تكون بدلاً للصلح وكل منفعة لا يجوز ان تكون بدلاً الأيجار لا يجوز ان تكون بدلاً للصلح . ويجب ان تكون المنفعة معلومة بصورة تمنع النزاع فيعقد الصلح عن مال بسكنى الدار مدة معلومة فإذا لم توقت المنفعة يبطل الصلح . واذا تلف محل المنفعة بنفسه او بأتلافه من آخر قبل استيفائها يبطل الصلح ويرجع المدعي بدعواه واذا وقع التلف بعد استيفاء قسم من المنفعة يرجع المدعي بما يعادل القسم التالف منها من دعواه . واذا توفي المدعي او المدعى عليه قبل استيفاء المنفعة يبطل الصلح عند محمد لأن الأجرة تنفسخ بوفاة احد العاقدين ولا يبطل الصلح عند ابي يوسف اذا توفي المدعى عليه لا يمكن استيفاء المدعي المنفعة المتفق عليها واذا توفي المدعي فوارثه يستوفي المنفعة فيما لا يختلف باختلاف المستعملين كسكنى الدار ولا يستوفيهما فيما يختلف باختلاف المستعملين كركوب الدابة ولبس الثياب و يبطل الصلح قياساً على الأجرة ومتى قلنا بأن الأجرة لا تنفسخ بوفاة العاقدين كما هو مذهب الأمام الشافعي ونظام ايجار العقار وجب علينا ان لا نقول يبطلان الصلح عند وفاة المدعي والمدعى عليه او احدهما . لوجوب استخراج الفروع من اصول واحدة .
 واذا عقد الصلح على نقل حمل من محل الى آخر او ركوب حيوان فيجب تعيين المسافة والراكب . واذا تصالحا على صنع الثوب فيجب اراءته او توصيفه توصيفاً كافياً .
 واذا عقد الصلح على استيفاء منفعة بمقابل منفعة اخرى فيجب ان تكون المنفعتان مختلفتي الجنس .
 [مثلاً لو صالح احد آخر عن دعوى روضة على ان يسكن مدة كذا في داره يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الروضة تلك المدة] .

وكذا لو صالح احد آخر عن دعوي دار على ان يسكن مدة فيها . وكذا اذا ادعى المدعي داراً من المدعى عليه فتصالحا على ان يسكنها المدعي او المدعى عليه سنة واحدة او اكثر وقع الصلح بينهما . وكذا اذا ادعى المدعي دابة من المدعى عليه فتصالحا على ان يستعمل احدهما تلك الدابة مدة تم الصلح . وكذا اذا ادعى المدعي بان اب المدعى عليه اوصى له بسكنى الدار سنة كاملة وتصلح مع الوارث عن اقرار على سكنى دكان او زراعة ارض مدة معلومة تم الصلح بينهما .

مادة ١٥٥٠ [الصلح عن الإنكار او السكوت هو في حق المدعي معاوضة]
ويحل له بدل الصلح اذا كان صادقاً بدعواه والا فلا .

[وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة] لأن المدعي عليه المنكر يزعم بأن المدعي غير محق بدعواه وقد صالحه تحلصاً من اليمين ولا يجوز للمدعى عليه ديانة ان ينكر مال المدعي الموجود في يده ويصالحه عليه الا اذا أبرأه المدعي من الحق المدعى به ولذا فالصالح عقد يفيد حكماًين مختلفين بحق المتعاقدين .
وكذا النكاح فإنه حل بحق الزوجين وحرمة بحق الأصول والفروع .

[فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه] .
لأن المدعي يزعم انه يأخذ العقار بدلاً من حقه فتجري فيه الشفعة ولا عبرة لزعم المدعى عليه بحق المصالح عليه لأن المدعى عليه قد ابقى ملكه واستبقاه وقد اعطى المدعي العقار فداء لليمين ولا عبرة لزعم المدعي لأنه لا يسري على المدعي عليه في الصلح عن انكار . واذا كان الصلح عن اقرار فيكون معاوضة وتجرى الشفعة بالمصالح عنه والمصالح عليه . وكذا الشفعيع اذا ادعى الشفعة في العقار المصالح عنه وانكر المدعى عليه ملكية المدعي فيه فلاشفيع اقامة البيئة على ملكية المدعي وله بعد ذلك اخذه بالشفعة وله استحلاف المدعى عليه ايضاً .

[ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يرد المدعي الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً] .

لأن المدعى عليه اعطى المدعي بدل الصلح دفعاً للخصومة وابقاءً للمدعى به في يده بدون

خصومة اما وقد ضبط المدعى به بالأستحقاق فتحقت عدم خصومة المدعي للمدعى عليه وصار له استرداد ما اعطاه [و مباشر] المدعي [المخاصمة بالمستحق] الا اذا كانت دعوى المدعي بخصه من عقار ولم يذكر المدعي حين الدعوى كون باقي العقار الى المدعى عليه وضبطت منه حصته بعد الصلح فلا يرجع المدعى عليه عليه بشيء لأن من الجائز ان يكون الحق الباقي لغير المدعي والمدعى عليه .

[ولو استحق بدل الصلح] العين [كلاً او بعضاً يرجع المدعي بذلك المقدار الى دعواه] لأن المدعي ترك دعواه بمقابل بدل الصلح فأذا لم يسلم له بدل الصلح يرجع بما تركه اذا لم يحجز المستحق الصلح واذا أجازته تم الصلح واخذ المستحق البديل من المدعى عليه واذا كان البديل المستحق تقوداً لا ينقض الصلح كما ذكر آتفاً . واذا وقع الصلح بلفظ البيع وضبط البديل بالأستحقاق يرجع المدعي بالمدعى به لا بالدعوى لأن اقدام المدعى عليه على الدعوى اقرار منه بالحق فلا يعتبر انكاره بعد ذلك بخلاف الصلح لأنه لا يوجد فيه مايدل على انه اقرار بالملك اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة .

والا كان الصلح عن انكار هو خلاص من اليمين لذلك اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي وتصالحا على شيء ثم ادعى المدعى عليه الأداء والأبراء لا تسمع دعواه ولا بينته لأن المدعى عليه قد بريء بالصلح من الدعوى والساقط لا يعود الا الولي والوصي اذاصالحا على مال الصغير عن انكار ثم وجدا بينة تقبل ولكن لو طلبا تحليف المدعى عليه فلا يحلف لان الصلح وقع فداء لليمين . وكذا لو ادعى المدعي بمال ودين ادعى المدعى عليه ادائه او الأبراء منه وعجز عن البرهان وبعد ان تصالحا على مال وجد المدعى عليه بينة على دفعه يرجع على المدعي لأن الصلح لم يقع فداء لليمين . اما الصلح بين المتداعيين بعد حلف المدعى عليه اليمين على براءة ذمته من دعوى المدعي او على رد الوديعة له فهو باطل .

واذا ادعى اثنان بحق على مدع عليه وصالحه احدهما عن انكار فبذل الصلح للمصالح دون المدعي الآخر لأن بدل الصلح وان كان معاوضة بحق المدعي الا انه تنحاصاً من اليمين بحق المدعى عليه والصلح ليس بعقد معاوضة من كل الوجوه فلا تثبت فيه الشركة .

مادة ١٥٥١ [لو ادعى احد مالاً معيناً كالرخصة مثلاً وصالح على مقدار منها وأبرأ المدعى عليه من دعوى باقيةا يكون قد اخذ مقداراً من حقه وترك دعوى باقيةا اي اسقط حق دعواه في باقيةا] .

ولا يشترط ابراء المدعى عليه من باقي الرخصة لصحة هذا الصلح لأن الصلح على ما جاء بهذه المادة صحيح سواء وقع الأبراء بالباقي ام لم يقع . وكذا الصلح على غير الرخصة المدعى بها او على بعضها صحيح ايضاً لأن عبارة « على مقدار منها » الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي وقد قصد واضع القانون بعبارة « وأبرأ المدعى عليه من دعوى باقيةا » الاحتراز من عدم صحة اسقاط الأعيان لأن الأبراء من العين غير صحيح ومن دعوى العين صحيح . ويصح الصلح على مقدار معين من المدعى به مع علاوة مقدار من التود او العروض كالمصالحة عن دعوى العقار بقسم منه مع تقود . وقد اجتهد البعض من الفقهاء بجواز الصلح عن الأعيان بالوجهين المذكورين اي بالأبراء من الدعوى او بضم شيء من الأعيان وقالوا ان الصلح عن الأعيان لا يجوز في غير هاتين الصورتين مثلاً اذا صالح المدعي بالدار المدعى عليه عن قسم منها لا يصح صلحه لأن باقي الدار قد اسقط بهذا الصلح والأعيان لا تسقط لأن الأسقاط منحصر بالديون لا بالأعيان ولأن بعض المدعى به لا يكون عوضاً عن الكل وهذا قول غير ظاهر الرواية . وقال الفقهاء الآخرون بصحة هذا الصلح لأن الأبراء من العين هو ابراء من دعوى العين .
 ويفهم من عبارة المجلة اختيارها القول الأول وعلى كل فالمسألة تحتاج الى نظر وتأمل .

لاحقة

المصالحة بين الورثة على بعض أموال التركة

التخارج . صلح يأخذ به بعض الورثة مالاً من الآخرين بمقابل حصصهم الأثرية وخروجهم من التركة .

واذا اعطى بعض الورثة الى الآخرين مالاً واخرجوهم من التركة ينظر فإذا كانت التركة عروضاً وعقاراً فالتخارج صحيح سواء كان المال المتخارج عليه اقل من حصة الوارث او اكثر واذا كانت التركة تقوداً واعطى الوارث تقوداً من غير جنسها صح التخارج ايضاً سواء كان

المدفوع أكثر أو أقل من حصة الوارث . وإذا كانت التركة ذهباً وفضة وأعطى الوارث ذهباً وفضة صح التخارج أيضاً .

وإذا كانت التركة ذهباً وفضة وعقارات وعروضاً وأعطى الوارث نقوداً أكثر من حصته من جنس النقود المعطاة له صح الصلح والأفلا لأنه يكون أخذ أقل من حصته من النقود وترك حصته من باقي التركة بدون مقابل .

وإذا كانت التركة ديوناً وأخرج بعض الورثة بأعطائهم مبلغاً أو عرضاً بمقابلها لا يصح التخارج لعدم جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين .

ومنى عقد التخارج بين الورثة على ما ذكر يقسم الباقي من الأثر فيما بين الورثة الباقين بينهم على حسب حصصهم الأثرية إذا كان بدل الصلح من التركة وإذا كان بدل الصلح من مال الورثة الباقين يقسم الباقي بين الورثة بحسب حصة كل منهم من المال المدفوع إلى الوارث الذي صار أخرجه فلو توفي رجل وترك صبيين وبناتاً فأخرج الصبي والبنات الصبي الثاني على مال دفعاه من مال التركة يقسم التركة بينهما أثلاثاً ، وإذا دفعوا المال الواقع التخارج عليه من مالها مناصفة يقسم التركة بينهما مناصفة . وكذا حكم الموصى له كحكم الوارث في جميع ما ذكر . وإذا ظهر للتركة بعد التخارج أعياناً وذمماً لم تدخل في التركة حين التخارج وكانت هذه الأعيان والذمم غير معلومة عند التخارج فلا تعتبر داخلة في التخارج عند بعض الفقهاء وهو القول الراجح وتعتبر داخلة عند البعض الآخر من الفقهاء .

ولا يصح التخارج إذا كانت التركة مديونة ولو قليلاً لأن الدين يمنع الورثة من التصرف في التركة ولو صالح الورثة عن تركة مورثه ثم ظهر في التركة دين فذا وقع الصلح عن الأعيان فقط دون الديون فلا يفيد وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح .

* الفصل الثاني *

(في بيان الصلح عن الدين اي الطلب وسائر الحقوق)

الدين هو بدل المبيع وبدل الأجرة وبدل المغصوب وبدل التلف وبدل المقرض (انظر الى المادة ١٥٨) .

مادة ١٥٥٢ [اذا صالح احد عن طلبه الذي هو ذمة الآخر على مقدار منه فيكون قد استوفى بعض طلبه واسقط الباقي يعني أبرأ ذمة المدين من الباقي] .
ولا يكون هذا الصلح معاوضة لعدم جواز مبادلة الاكثر بالأقل في الأموال الربوية غالباً ولذا لا يشترط قبض بدل الصلح قبل الأفتراق عن المجلس لانه ليس يصرف الا اذا وقع الصلح على غير جنس الدين او كان الدين مؤجلاً ووقع الصلح معجلاً فيكون الصلح مبادلة ويشترط لصحته قبض البديل في المجلس .

ولا يجوز الصلح عن الدين المؤجل بالمعجل ولو على اكثر منه لأن الدائن يكون قد استوفى ما يعادل ما تركه من الدين وهذا حرام وتصح المصالحة عن المعجل بالمؤجل بمثلها او بأقل منه لأن الدائن بهذا الصلح يأخذ دون حقه وصفاً ووقتاً .

ولا يشترط الأبراء لصحة الصلح ولذا فعبرة أبرأ الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي فيقع الصلح على ما ورد في هذه المادة سواء وقع الأبراء ام لا انما اذا وقع الصلح بدون ابراء تبرأ ذمة المدين قضاء لا ديانة والدائن اخذ ماله من المدين عند الظفر به اما لفظ الصلح او ما يقوم مقامه فهو شرط لازم فلو باع المدعي دينه للمدعى عليه بمقابل بدل الصلح لا يجوز .

واذا ادعى المدعي ديناً على المدعى عليه وتصالحا على مبلغ او ادعى المدعى عليه الأداء او الأبراء وتصالحا على مبلغ صح الصلح سواء ذكر الأبراء عن الباقي ام لم يذكر .

ويجوز الصلح عن الأعيان بأكثر من قيمتها فيجوز عقد الصلح عن دابة قيمتها عشرة ليرات بدفع عشرين ليرة . اما في النقود فلا ويشترط تعيين بدل الصلح ليعلم قدر المبلغ المتروك ولذا اذا ادعى المدعي بعشرة ليرات ثم تصالح مع المدعى عليه على ليرة واحدة اذا دفعت في آخر الشهر وليرتين اذا دفع المبلغ في آخر الشهر الثاني يكون صلحهما باطلاً لعدم بيان القدر المحطوط .

وهذا ما أراده واضع القانون بعبارة « على مقدار منه » الوارد ذكرها في هذه المادة . وإذا وقع الصلح على تمام المدعى به لا يكون صلحاً بل يكون استيفاء حق . وإذا وقع على أكثر من المدعى به يكون رباً وحراماً .

وإذا وقع الصلح مشروطاً بشرط يعتبر الصلح عند القيام بالشرط عند الطرفين و يعتبر الصلح مطلقاً عند أبي يوسف فإذا قال الدائن لمدينه اذا أعطيتني في الغد خمسمائة قرش محسوباً من الألف قرش التي هي لي بذمتك فالباقى لك وتصالحا على ذلك فأذا أعطى المديون خمسمائة قرش لدائنه في اليوم الثاني يكون بريئاً من الباقي عند الطرفين والا فلا لأن المشروط لا يتحقق الا اذا تحقق الشرط اما الأمام أبو يوسف فقد قال بوقوع الأبراء مطلقاً سواء دفع المديون ما شرط دفعه في اليوم الثاني ام لم يدفع . اما لو قال الدائن الى مدينه ابرأتك من خمسمائة قرش من اصل الألف قرش التي هي لي عليك اذا أعطيتني الخمسمائة الثانية في الغد فيكون ذلك ابراء بالأئفاق سواء قام المدين بتعهدده ام لم يقم .

مادة ١٥٥٣ [اذا صالح احد على تأجيل وأمهال كل نوع طلبه الذي هو معجل فيكون قد اسقط حق تعجيله] .

وليس له مطالبة الدين قبل حلول الأجل . وكذا اذا كان دينه مؤجلاً واجله مدة زائدة عن مدة تأجيله الأولى على طريق المصالحة فالصلح صحيح . وهذا شرط بتأجيل الدين بجنسه لا بغير الجنس فأذا كان الدين المعجل فضة وصالح على الذهب مؤجلاً لا يصح الصلح سواء كان عن اقرار او عن انكار لأن الدائن لا يستحق الذهب بعقد المدائنة ولا يستحقه لجرد التأجيل والصلح والعقد عقد معاوضة والديارم لا تباع بالدينانير نسيئة . وكذا اذا كان له الف قرش مؤجلة لا يصح صلحه على خمسمائة قرش معجلة لأن المعجل غير مستحق بعقد المدائنة فصار معاوضة والأجل كان حق المديون وقد تركه بمقابل ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضاً عن الأجل وهذا حرام . ويسقط الأجل بأسقاط المدين لأنه حقه ولا يقال لهذا الأسقاط مصالحة .

استثناء : اذا كان اصل الدين قرضاً فلا يجوز الصلح بتأجيله .

مادة ١٥٥٤ [اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يأخذ في

بدله سكة مغشوشة فيكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة] . ولا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس لأن الصلح ليس بمعاوضة . وكذا تجوز المصالحة عن الفضة بالذهب وعن الذهب بالفضة اذا قبض بدل الصلح في المجلس والا فلا . وكذا الصلح عن المسكوكات الخالصة المعجلة بالمسكوكات المغشوشة المؤجلة صحيح . ويكون الدائن قد اسقط حقه من التأجيل ومن السكة الخالصة .

مادة ١٥٥٥ كل حق يمكن للمدعي اذا طلبه ان يحلف خصمه من اجله يجوز له الصلح عنه بناءً عليه [يصح الصلح بأعطاء البديل لأجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور] ووضع الجذوع . مثلاً اذا ادعى احد الشفعة بحق دار اشتراها آخر بجوار داره . وتصلح مع المدعى عليه على مبلغ بمقابل تركه بدعواه فالصلح صحيح ويستحقه مدعي الشفعة . يستثنى من ذلك صلح الوديع عن ودعة ادعى هلاكها وصالح المدعي على مال من اجلها فهو باطل . ويشترط لصحة هذا الصلح الخلاص من اليمين فإذا صالح المدعى عليه المدعي بعد حلف اليمين لا يعتبر الصلح .

الصلح عن الدعوى بحق الشرب والشفعة والمرور صحيح اما الصلح عن نفس حق الشرب والشفعة والمرور فيه تفصيل ، فالصلح عن نفس حق الشرب وحق المرور صحيح لأنها حقوق تقبل الاعتياض ويجوز تملكها بعوض من آخر كما هو صريح المادتين (١٥٣٣-٢١٦) اما الصلح عن حق الشفعة غير صحيح لأنه حق لا يقبل الاعتياض واذا وقعت المصالحة عليه سقط حق الشفعة مجازاً . ويرد الشفع بديل الصلح الذي قبضه واذا صالح الشفع المشتري عن بعض المشفوع ينظر فإذا صالحه على حصة شائعة منه بما يصيب تلك الحصة من الثمن المسمى جاز واذا وقع هذا الصلح بعد طلبي المواثبة والتقرير والأشهاد يكون الشفع اخذ ما اخذه بالشفعة وترك الباقي ولا يكون اخذه هذا شراءً مبتدأً . واذا كان الشفع المصالح شفعاً بنفس المبيع او بحق من حقوقه فللجار اعلان حق طلب الشفعة بالباقي . واذا صالح الشفع على ذلك قبل الطلبات فيكون صلحه شراءً مبتدأً . ويكون قد سلم الشفعة بكل المبيع وللجار الملاصق طلب الشفعة فيه . ولا يصح صلح الشفع بأخذ غرفة معينة من الدار المباعة بما يصيبها من الثمن لجمالة حصة هذه

تصرف من الثمن وتبقى شفيعته بجميع العقار لأنه لم يعرض عن الشفعة (انظر شرح المادة ١٥٣٤)
 اذا صالح الشفيع على ثمن يزيد عن الثمن الذي صار المبيع فيه على المشتري يكون صلحه هذا
 مرة مبتدأ بكل الوجوه .

« الباب الرابع »

(في بيان احكام الصلح والأبراء ويشتمل على فصلين)

❖ الفصل الأول ❖

(في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصلح)

حكم الصلح هو ملكية المدعي للمصالح عليه سواء كان المدعي عليه مقرأ او منكرأ وملكية المدعي
 عليه للمصالح عنه اذا كان المصالح عنه مالاً يحتمل التملك والمدعي عليه مقرأ بالمصالح عنه واذا
 كان المصالح عنه شيئاً لا يحتمل التملك كالقصاص فحكمه براءة المدعي عليه واذا كان المدعي
 عليه منكرأ للمصالح عنه فحكمه براءة المدعي عليه سواء كان محتملاً للتملك او لا .

مادة ١٥٥٦ [اذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع] .

لأن الصلح عقد لازم حتى ان المدعي عليه المنكر لا يكلف لدفع المدعي به اذا أقر به بعد
 الصلح وللطرفين فسخ بعض الصلح وأقالاته كما سيأتي ذلك بشرح المادة (١٥٥٨) وهذا كله
 اذا تم الصلح كما ورد ذلك في هذه المادة اما اذا لم يتم فلا حكم له حتى ان المدعي عليه اذا ظهر له
 بعد المصالحة ان لا حق للمدعي بما ادعى به لا يبقى حكم للمصالحة ويسترد المدعي عليه بدل الصلح .
 وكذا اذا تصالح البائع والمشتري على عيب قديم في المبيع ثم ظهر ان لا عيب فيه او زال العيب
 بنفسه وبدون علاج بطل ويرد المشتري بدل الصلح للبائع .

[ويملك المدعي بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى] سواء كان المدعي مقرأ

او منكرأ الا اذا كان المدعي مبطلاً بدعواه فيكون بدل الصلح حراماً عليه الا اذا أعطاه

إياه المدعى عليه بطيب نفسه فيكون هبة • ولا يبقى للمدعي حق بالدعوى إلا إذا حصل ما يبطل الصلح كاستحقاق البذل •

لذلك إذا ادعى المدعي داراً وصالح على مبلغ لعجزه عن البرهان ثم ظفر بالشهود لا تسمع دعواه وبينته • وكذا إذا ادعى المدعي داراً وصالح عن أنكار ثم أقر المدعى عليه بدعوى المدعي لا يبطل حكم الصلح •

وكذا إذا ادعى داراً بأنها مورثة عن والده وصالحه المدعى عليه على دعواه ثم ادعى المدعى عليه بأن بائعه كان اشتراها من والد المدعي لا تسمع دعواه وبينته • وكذا إذا ادعى المدعي بدين على المدعى عليه وبعد المصالحة ادعى المدعى عليه الأداء أو إبراء المدعي له من الدين قبل الصلح لا تسمع دعواه وبينته •

وكذا إذا ادعى المدعي بدين على المدعى عليه وبعد المصالحة ادعى المدعى عليه بأن المدعي كان أقر بأن لا حق له قبله لا تسمع دعواه ولا بينته لأن مكان ثبوت حق المدعي بذمته بعد الأقرار • يستثنى من ذلك صلح الولي والوصي في مال اليتيم عن أنكار المدعى عليه فإن لها اثبات الدعوى عند الظفر بالشهود ولليتيم الأثبات بعد البلوغ •

وكذا تسمع دعوى الشراء قبل الصلح خلافاً لدعوى الشراء بعد الصلح فأنها لا تسمع للتناقض بناءً عليه إذا ادعى المدعي داراً وبعد أن تصالح مع المدعى عليه على مبلغ أثبت المدعي كونه اشترى الدار من المدعي عليه قبل الصلح تسمع دعواه وبينته • ويبطل الصلح • وكذا إذا ادعى المدعي دابة وصالح المدعى عليه عن أنكار ثم ادعى المدعى عليه بأن المدعي أقر بعد الصلح بأنه غير مالك للدعى به تسمع دعواه ويبطل الصلح لأنه بأقراره هذا زعم بأنه أخذ بدل الصلح بغير حق •

وكذا يبطل الصلح بأقرار المدعي بعد الصلح بأن لا حق له قبل المدعى عليه • وكذا إذا ضاع الحمل بيد الحمل - الأجير المشترك - وتصالح مع صاحبه على مال ثم وجد الحمل يبطل الصلح ويرجع الحمل بما دفعه •

[وليس المدعى عليه أيضاً استرداد بدل الصلح منه] •

الا إذا تبين بطلان الصلح كما مر ذلك آنفاً •

مادة ١٥٥٧ [اذا مات احد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه] لأن الوارث يقوم مقام المورث . وكذا الحكم في البيع والقسمة الا اذا كان الصلح بحكم الأجرة ومات احد الطرفين فيجوز فيه الخلاف المذكور آنفاً .

مادة ١٥٥٨ [اذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين اذا تراضيا فسخه وأقالته] والمعاوضة هي ان يكون المصالح عنه والمصالح عليه عينان او ان يكون احدهما من الأعيان والآخر من الديون او كانا من الديون المختلفة الجنس او كان الصلح عن مال بمنفعة او عن منفعة بمال او عن منفعة بمنفعة من غير جنسها .

[وان لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً لأسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه اصلاً] .

واذا عقد الصلح بعد الصلح فأذا كان الصلح الأول في معنى المعاوضة يعتبر الصلح الثاني واذا كان الصلح الأول متضمناً اسقاط بعض الحقوق فالصلح الثاني باطل . اما الصلح المتضمن الأسقاط فيكون بالوجوه الآتية :

اولاً — اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه ديناً متحد الجنس كالصلح على ستائة قرش بدلاً من الف قرش .

ثانياً — الصلح عن دعوى مال معين على مقدار منه مع الأبراء من الدعوى بالباقي .

ثالثاً — الصلح عن المعجل بالمؤجل فهو عبارة عن اسقاط التعجيل والصلح عن المسكوكات الخالصة بالمسكوكات المغشوشة .

مادة ١٥٥٩ [اذا عقد الصلح للخلاص من اليمين على إعطاء بدل فيكون المدعي قد اسقط حق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد] .

ولا يجوز للمدعى عليه ان يشتري منه المدعي اليمين . وكذا لا يجوز الصلح على تحليف المدعي اليمين الواجب حلفه من المدعى عليه .

مادة ١٥٦٠ [اذا تلف كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم الى المدعي فإن

كان مما يتعين بالتعيين [كالعروض والعقار والمثلثات الموجودة في المجلس المشار اليها] فهو في حكم المضبوط بالأستحقاق فيطلب المدعي كل المصالح عنه او بعضه من المدعي عليه في الصلح الواقع عن أقرار ويرجع المدعي الى دعواه في الصلح الواقع عن انكار او سكوت (راجع مادتي ١٥٤٨ و ١٥٥٠) .

مثلاً اذا ادعى المدعي داراً بيد المدعى عليه وصالح على دابة معلومة ثم تلفت الدابة قبل التسليم فأذا كان الصلح عن أقرار طلب المدعي الدار واذا كان الصلح عن انكار او سكوت رجع المدعي الى دعواه .

[وان كان بدل الصلح ديناً اي مما يتعين بالتعيين كذا قرشاً لا يتأتى على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه اعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي] .

لأن الدرهم والدنانير لا تتعين بالتعيين ولو أشير اليها . وكذا الحكم بالمثلثات الغير المشار اليها والعديدات المتقاربة . ولا فرق بين ان يقع التلف قبل الأقرار عن المجلس او بعده . وبطل الصلح اذا وقع على غير جنس المصالح عليه كالصلح عن الذهب بالفضة اذا تلف المصالح عليه بعد الأقرار عن المجلس .

خلاصة كتاب الصلح

الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي . وبطل اذا وقع بالأكره او بدعوى باطلة .
ركنه الأيجاب والقبول . واذا كان المدعى به معيناً بالتعيين يحتاج الصلح الى القبول ولا يكون اسقاطاً لأن الأسقاط لا يجري في الأعيان . واذا كان اسقاطاً لبعض الحقوق كالصلح على قسم من الدين الثابت في الذمة فلا يحتاج الى القبول ويكفي فيه الأيجاب .
ولا يشترط قبض البدل لتمام الصلح اذا كان المصالح عنه قيمياً او مثلياً والمصالح عليه قيمياً او المصالح عنه ديناً والمصالح عليه بعض الدين المذكور .
و يشترط فيه قبض البدل لتمام الصلح اذا كان المصالح عنه قيمياً والمصالح عليه مثلياً .
و ينعقد الصلح بالتعاطي اذا أعطى المدعى عليه المدعي مالاً لا يحق للمدعي قبضه وقبضه المدعي .

تقسيم الصلح

الصلح عن اقرار — اذا وقع الصلح على مال غير المدعى به فهو في حكم البيع كالمصالحة على قيمين او على قيمي ومثلي او على مثليين اذا قبض بدل الصلح في المجلس .

اذا وقع الصلح بمنفعة عن دعوى مال او بمال عن دعوى منفعة او بمنفعة عن دعوى منفعة من غير جنسها يكون أجارة فيجب فيها معلومية المنفعة بصورة تمنع النزاع .

اذا وقع الصلح على اقل من جنس المدعى به يكون أبرأ . واذا وقع على مقدار المدعى به يكون استيفاء وكلا الوجهين جائز واذا وقع على الأكثر فهو ربا وحرام .

الصلح عن انكار وعن سكوت — هو معاوضة بحق المدعي وتجري الشفعة بنحو العقار المدعى عليه وخلاص من اليمين بحق المدعى عليه ولا تجري الشفعة بالعقار المصالح عليه .

المصالح — يجب ان يكون عاقلاً ولا يشترط بلوغه فيصح صلح الصبي المأذون فيما هو نافع له او دائر بين النفع والضرر او فيما هو مضر به ضرراً غير بين ولا يصح صلحه فيما يضره ضرراً بيناً . وكذا حكم صلح ولي الصغير فيما هو عائد للصبي وغير متولد عن فعل الولي اما فيما هو متولد من فعل الولي او الوصي فالمصالح فيه صحيح ويضمن الولي او الوصي القدر المسقط بالصلح .

يشترط في المصالح عنه اولاً ان يكون حق المصالح وثانياً في محله ويكون عن دعوى المال او عن دعوى المنفعة او عن دعوى الجناية او عن دعوى حق الشرب والمروء .

المصالح عليه بعضاً يلزم الموكل اذا كان صلح الوكيل يتضمن معاوضة اسقاطية كالصلح على مقدار من الدين الثابت بذمة الموكل والصلح عن دم العمد والصلح عن الجناية في ما دون النفس وعن النكاح فالوكيل في ذلك سفير . وكذا اذا كان صلح الوكيل يتضمن معاوضة مالية وأضاف الوكيل الصلح الى موكله .

و يلزم بعضاً الوكيل اذا وأضاف العقد لنفسه في المعاوضات المالية لأن هذا الصلح بحكم البيع وحقوق العقد تعود فيه للعاقد .

و يلزم بعضاً الفضولي اذا وأضاف العقد لنفسه اما اذا وأضاف العقد الى المدعى عليه يجري حكم شرح المادة (١٥٤٤) .

المصالح عليه — مبيع اذا كان عيناً وثن اذا كان ديناً وأجارة اذا كان منفعة لذلك كل

ما جاز ان يكون مبيعاً او ثمنًا يجوز ان يكون مصلحاً عنه لأن الصلح يحمل على العقد الممكن حملة عليه .

شروط المصالح عليه — هي ان يكون معلوماً ومقدور التسليم ومعجلاً وان يكون تسليمه غير مضر .

أنواع الصلح

الصلح عن الدين — اما ان يتضمن الأسقاط وهذا يكون بالصلح عن ما دون حق المصالح كالصلح عن بعض الدين وعلى التأجيل والأهال وعلى المسكوكات المغشوشة بدلاً من المسكوكات الخالصة . واما ان يتضمن المعارضة اذا كان المصالح عليه اكثر من حق المدعي وكانت الزيادة من الطرفين .

الصلح عن الحقوق السائرة — كالصلح عن حق الشرب والمرور والشفعة بأعطاء البدل للخلاص من اليمين صحيح . وكذا الصلح عن نفس حق المرور والشرب صحيح وعن نفس حق الشفعة غير صحيح لأن حق الشفعة لا يقبل الاعتياض خلافاً لحق المرور والشرب .

أحكام الصلح

الصلح من العقود اللازمة — فالمدعي يملك المصالح عليه والمدعي عليه يملك المصالح عنه أحياناً وتبرأ بعضاً ذمة المدعي عليه بالصلح .

الصلح الذي يتضمن اسقاط بعض الحقوق لا يفسخ اما الصلح المتضمن المعارضة يفسخ من الطرفين او من ورثتهما بالتراضي .

الصلح بعد الصلح صحيح في الصورة الأولى وباطل في الصورة الثانية .
اذا تلف المصالح عليه قبل التسليم اذا كان معيناً يكون بحكم المضبوط بالأستحقاق واذا كان غير معين لا يخلل الصلح بضبطه .

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الأبراء)

الأبراء عن الأعيان على وجه الأنشاء باطل وعلى وجه الأخبار صحيح .
الأبراء باعتبار المتعلق ينقسم الى ثلاثة أقسام . الأول : الأبراء عن دعوى الدين ودعوى العين المضمونة ودعوى العين الأمانة . ودعوى الحق كالشفعة والكفالة وحق المسيل وحق الشرب والخيارات . الثاني : الأبراء عن نفس الدين فجميع ذلك صحيح . الثالث : الأبراء عن نفس العين وهذا نوعان الأول عن العين المضمونة فأذا وقع على طريق الأنشاء كقوله أبرأتك من مالي الفلاني فهذا باطل من حيث الدعوى لأنه يتضمن الأبراء في الحال وهو اسقاط العين والأبراء منها والأبراء من العين باطل ويكون هذا الأبراء صحيحاً من حيث نفي الضمان ويصير المال المغصوب أمانة واذا وقع على طريق الأخبار كقوله فلان بريء مما لي عليه فهو صحيح ويشمل الدين والعين لأن هذا الأبراء هو اخبار عن ابراء موجود لا انشاء . والنوع الثاني ابراء عن العين الأمانة فهو باطل والمبري استرداد أمانته .

مادة ١٥٦١ [اذا قال احد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع او ليس لي عند فلان حق او فرغت عن دعواي التي هي مع فلان او تركتها او ما بقي لي عنده حق او استوفيت حتي من فلان بالتام] او لا حق لي قبل فلان او أبرأت فلان من حتي او احللت فلان من مالي عليه او وهبته حتي او تركت دعواي او فوضت امري لآخر او تركت مطلوبي لفلان [فيكون قد أبرأه] .

ولا يقع الأبراء بقول المبري : لا أداعي على فلان ولا أخاصمه ولا اريد ان اطلب شيئاً منه او على ما اظن لا حق لي عنده . ويشترط في كل الأحوال ان يكون المبري عاقلاً وبالغاً كما مر ذلك في المادة (١٥٤١) .

مادة ١٥٦٢ [اذا أبرأ احد آخر من حق فيسقط حقه بذلك وليس له دعوى بذلك الحق (راجع المادة ٥١)] .

وليس لورثته إقامة الدعوى والبرهان وليس له ان يتمسك بأقرار المدعى عليه لبطلان الأقرار بعد الأبراء وتسمع دعوى المبريء بالوكالة والوصايا الا اذا كان الأقرار الى المدعى عليه صادراً بحق مال معلوم فلا تسمع فيه الدعوى بالأصالة او بالوكالة او بالوصايا للتناقض .
ويشترط لسقوط الحق بالأبراء اربعة شروط :

الشرط الأول — يجب ان يكون الحق قابلاً للأسقاط كالدين وحق الشفعة وحق المسيل المجرد بدون الرقبة وخيار الشرط وخيار العيب بعد رؤية المبيع ، بناءً عليه اذا ابرأ الدائن ذمة مديونه من الدين او اسقط حق الشفعة وحق المسيل او اسقط اجل الدين يسقط حقه من ذلك .
واذا كان الحق غير قابل للأسقاط كحق الرجوع بالهبة وخيار الرؤية قبل الرؤية والاستحقاق بالأجارة وحق الوقف فلا يسقط بالأسقاط فإذا قال الواهب اسقطت حق رجوعي بالهبة او قال تركت حق انتفاعي بالأجارة لا يسقط حق رجوعه ولا تسقط أجارته .

وكذا اذا قال الوارث تركت حق من الأثر لا يبطل حقه . وكذا استحقاق الوقف لا يسقط بالأسقاط فلو قال احد المستحقين بالوقف اسقطت حق لا يسقط حقه وله بعد ذلك طلب الغلة . وكذا الحكم بتولية الوقف والسكنى بدار الوقف .

الشرط الثاني — يجب ان يكون الأبراء مشروطاً فلا يصح الأبراء عن الرشوة .

الشرط الثالث — يجب ان لا يكون الأبراء مقيداً بما يفيد الشك كقوله على ما اعلم او على ما اظن او على حسابي ليس لي قبل فلان حق .

الشرط الرابع — يجب ان لا يكون الأبراء معلقاً بالشرط . فالأبراء اما ان يكون منجزاً كما ورد في هذه المادة واما ان يكون مقيداً بالشرط وهذا التقييد يكون بأحدى الوجوه الأربعة الأولى قول الدائن لمدينه اذا دفعت نصف مالي عليك في الغد تكون بريئاً من النصف الآخر فإذا دفع المدين هذا النصف في اليوم الثاني برأت ذمته من الدين والا فلا لأن الدائن اذا قبض نصف ماله من الدين في الوقت المتفق عليه يمكنه ان يستفيد من هذا النصف في الأعمال التجارية او ان يتخلص على الأقل من غائلة افلاس المدين وهذا شرط مفيد بحق الدائن فإذا عدم هذا الشرط بطل الأبراء .

وكذا اذا قال الدائن لمدينه انت بريء من نصف مالي عليك من الدين اذا أعطيتني رهناً او كفيلاً على النصف الباقي فيقع الأبراء اذا قام المدين بالشرط والا فلا .

الثاني : اذا قال الدائن لمدينه صالحتك على انك اذا لم تعطني نصف ديني عليك في الغد تكون مديوناً بجميع الدين فيقع الأبراء اذا قام المدين بأداء النصف في اليوم الثاني كما وقع التعليق .
الثالث : اذا قال الدائن للمدين ابرأتك من نصف ديني على ان تعطيني النصف الآخر في الغد فيقع الأبراء عن النصف سواء دفع المدين النصف الثاني في الغد ام لم يدفع لأن الدائن ذكر الأبراء في اول كلامه مطلقاً ثم ذكر الأداء والأداء لا يصلح ان يكون عوضاً ولا يحتمل بأن يكون شرطاً ولذا فإن اشتراط الأداء مشبوه ومشكوك فيه والبراءة بقيت مطلقة .

الرابع : قول الدائن لمدينه اعطني نصف ديني عليك على ان تكون بريئاً من النصف الثاني فهذا الأبراء مطلق ايضاً لأن الأداء لم يكن مقيداً بوقت وهو واجب على المديونين في مطلق الأزمان فلا يكون الأداء مقصوداً في هذا الأبراء ولا يتقيد به .

واما ان يكون ابراء معلقاً وهذا غير صحيح لأن الأبراء يرد بالرد وهو تملك من وجهه وتعليق التملكات على الشرط غير صحيح فالأبراء باعتبارها غير متوقف على النبول اسقاط والأسقاط معلق على الشرط فينظر فيه الى جهة التملك ولا يجوز ان يكون معلقاً على الشرط لأن المانع والمقتضي اذا اجتماعا رجح المانع . مثلاً اذا قال الدائن لمدينه في اي وقت وفي اي زمان تعطيني ثمانمائة قرش من الالف قرش التي لي في ذمتك تكون بريئاً من المائتين فلا يبرأ المدين من المائتين قرش ولو دفع الثمانمائة حسب التعليق الا اذا كان التعليق بمعنى الأجارة فإنه يعتبر ويقع عند قيام المدين بالعمل الذي اشترط عليه كمن قال لمدينه اذا رأيت لي عملي الفلاني فأنت بريء مما لي عليك فبرأ ذمة المدين اذا قام بالعمل المطلوب من الدائن والا فلا .

مادة ١٥٦٣ [ليس للأبراء شمول لما بعده] لأن الأبراء فرع ثبوت الحق فإذا لم يثبت الحق لا يصح الأبراء بناءً عليه [اذا أبرأ احد آخر فتسقط حقوقه التي قبل الأبراء وله دعوى حقوقه الحادثة بعد الأبراء] .

فإذا ادعى الدائن ديناً بذمة مدينه وبعد ان اثبت مدعاه ادعى المدين ابراء ذمته من الدائن قبل دفعه وبينته اذا ارخ الأبراء بتاريخ مؤخر والا لا يقبل . واذا كان تاريخ الدين والأبراء واحداً او لم يبين لهما تاريخ او تعين تاريخ احدهما فقط يحكم بالأبراء لأن مكان ثبوت الأبراء بعد الدين ولأن الحكم بمقتضى الشهادة بالدين موجب والحكم بالأبراء مسقط واذا

تعارض الموجب والمسقط يعتبر المسقط لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء حكم بالموجب أم لم يحكم . وكذا إذا أبرأ رجل ذمة الآخر من جميع الحقوق والدعاوى ثم ادعى ارتثاً قبل المدعى عليه بعد تاريخ الأبراء فلا تسمع دعواه ولو كان لا يعلم بأرثه حين الأبراء ولا يصح الأبراء عن الدين قبل لزومه لأن الأبراء أسقاط بناءً عليه إذا أبرأ الرجل ذمة الآخر من حقوقه الحالية والماضية لا يشمل هذا الأبراء الحقوق المستقبلية لأن الأسقاط فرع الثبوت .
وكذا دعوى ضمان الدرك فأنها تسمع بعد الأبراء لأن الدرك لم يكن موجوداً حين الأبراء ليدخل تحت حكمه .

مادة ١٥٦٤] إذا أبرأ أحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص فيكون أبرأً خاصاً ولا تسمع بعد دعواه التي تتعلق بذلك ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص مثلاً إذا أبرأ أحد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الأبراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالأراضي والضياع وسائر الأمور] .

مادة ١٥٦٥] إذا قال أحد أبرأت فلاناً من جميع الدعاوى أو ليس لي عنده حق أصلاً فيكون أبرأً عاماً وليس له أن يدعي بحق قبل الأبراء حتى لو ادعى حقاً من جهة الكفالة لا تسمع يعني كما لا تسمع دعواه على من أبرأه بقوله انت كنت قبل الأبراء كفيلاً لفلان كذلك لا تسمع دعواه على آخر بقوله انت كنت لمن أبرأته كفيلاً قبل الأبراء (راجع المادة ٦٦٢)] .

ومضى وقع الأبراء عاماً تدخل فيه جميع الحقوق حتى حق الشفعة فإنه يسقط قضاءً لا ديانة لان الشفعة لا تدخل في الأبراء العام ديانة الا اذا كانت مقصودة ولا تدخل الأعيان القائمة في الأبراء العام فأذا افترق الزوج من زوجته وأبرأ كل منهما ذمة الآخر أبرأً عاماً وكان للزوج في ارض الزوجة زرعاً قائماً فلا يدخل هذا الزرع تحت الأبراء .

واذا ادعى حقاً من جهة الكفالة بعد الابرء العام لاتسمع دعواه للتناقض الا اذا كان الحق حادثاً بعد الابرء . وكذا الحكم بضمن المبيع وبذل الاجارة والقرض والوديعة والعارية والغصب والارث والمضاربة والشركة والاراضي والعقارات .
وتسمع الدعوى من المبري بالوكالة والوصايا كما مر ذكر ذلك مفصلاً .

مادة ١٥٦٦ [اذا باع احد مالاً وقبض ثمنه وأبرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع والمشتري كذلك أبرأ البائع من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم استحق المبيع فلا يكون للأبرء تأثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبائع (راجع المادة ٥٢)] .

لان الابرء الواقع ضمن العقد الفاسد فاسد ولان الابرء وقع قبل الاستحقاق فلا يشمل اذ ان الابرء يشمل ما قبله ولا يشمل ما بعده فالمشتري لم يكن مستحقاً للثمن حين الابرء وقد استحقه بأمر حادث تاريخه بعد تاريخ الابرء الا اذا عقد الابرء مستقلاً عن العقد فيشمل هذا الابرء جميع العقود السابقة على تاريخه وما ينتج عنها من الحقوق لان الابرء صحيح على هذا الوجه ولو كان البيع المقدم عليه او الصالح فاسداً لعدم علاقة الابرء في العقد فهو واقع بصورة مستقلة لا علاقة له بعقد سابق عليه .

مادة ١٥٦٧ [يلزم ان يكون المبرأون معلومين ومعينين] سواء كان أبرء اسقاط او ابراء استيفاء لان الابرء من وجه تملك والمملك يجب ان يكون معلوماً ومعيناً ولا يشترط معلومية الشيء المسقط واذا أبرأ الرجل الآخر من جميع ماله عليه من الحقوق يدخل في هذا الابرء ما هو غير معلوم ايضاً عند المبري قضاءً بالانفاق وديانة عند ابي يوسف وهو القول الراجح .

[بناءً عليه لو قال احد ابرأت كافة مديوني او ليس لي عند احد حق لا يصح ابرأؤه] كمن قال قبضت جميع تركة مورثي او كمن قال ان كل شخص مديون لي فهو بريء فلا يكون هذا الكلام ابراءاً عاماً او خاصاً بل هو قول مجرد لا يفيد احداً ابداً . لذلك اذا كبر الصغير واثبت رشده واقرب بأنه قبض جميع تركة ابيه فهذا الاقرار لا يمنعه مستقبلاً من الادعاء

بحق على الوصي لانه لم يبرأه ابراءاً عاماً او خاصاً . وكذا ذو اليد اذا قال عن المال الموجود في يده ان هذا ليس لي حين عدم وجود دعوى بحق ذلك المال فلا يكون قوله هذا ابراءاً والتناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا تضمن ابطال حق على احد .

[واما لو قال ابرأت أهالي المحلة الفلانية وكان اهل تلك المحلة معينين وعبارة عن أشخاص معدودين فيصح الأبراء] .

مادة ١٥٦٨ [لا يتوقف الأبراء على القبول] لانه اسقاط الا الابرء من بدل السلم فإنه يتوقف على القبول لانه يتضمن ابطال العمد والعقدعائد للطرفين [ولكن يرتد بالرد لان الابرء من الدين من وجه اسقاط ومن وجه تمليك فكونه اسقاطاً لا يحتاج للقبول وكونه تمليكاً يرد بالرد حتي ان المبرأ اذا رد الابرء ثم قبله يرجع رده لانه سابق و [لأنه اذا أبرأ احد آخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الأبراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل فيكون ذلك الأبراء مردوداً يعني لا يبقى له حكم لكن لو رد الأبراء بعد قبوله لا يكون الأبراء مردوداً . وايضاً اذا أبرأ المحال له المحال عليه او الدائن الكفيل ورد له ذلك المحال عليه او الكفيل فلا يكون الأبراء مردوداً] .

لان هذا الابرء لا يتضمن التمليك وهو اسقاط محض فلا يحتاج الى قبول ولا يمكن رده . وكذا اذا طلب المدينون من دائئه أبراءه فأبرأه بناءً على طلبه ثم رد المدين الأبراء لا يعتبر رده . وكذا اذا أبرأ الدائن مدينه فسكت المدين وتم المجلس ثم رد الأبراء في مجلس آخر لا يعتبر رده . وكذا اذا أبرأ الدائن مدينه المتوفى لا يجوز لوارثه ان يرد هذا الأبراء على قول .

مادة ١٥٦٩ [يصح أبراء الميت من دينه] ويستفيد جميع الورثة من هذا الأبراء ويرد من الوارث عند ابي يوسف خلافاً لمحمد . واذا أبرأ الدائن ذمة احد الورثة مما يصيبه من الدين فيقع هذا الأبراء للوارث فقط دون الورثة الباقين . وكذا اذا أبرأ بعض الورثة مدينون مورثه واقبله بقبض مورثه دينه منه حال حياته يصرف هذا الاقرار الى حصة الوارث المقر دون الآخرين اذا كانوا منكرين .

مادة ١٥٧٠ [إذا أبرأ المريض الذي في مرض موته أحد ورثته من دينه]
 أو أقر في حال مرضه بأبراء صادر منه لوارثه حال صحته [فلا يكون صحيحاً ونافذاً]
 ولو كانت التركة غير مستغرقة بالدين [وأما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله]
 سواء كان الدين أصالة أو كفالة لانه وصية ويصح هذا الأبراء إذا فاق المريض بعده من
 مرضه ويلزمه . لذلك لا يصح إبراء المريض في مرض الموت وارثه ولا الأقرار له بشيء ولا
 يجوز له أن يأخذ حوالة بماله على وارثه على آخر ولا يعتبر أقراره بأنه أخذ من وارثه ما كان
 غصبه منه أو ما كان باعه إياه بيعاً فاسداً أو ما كان رهنه عنده ولا يجوز أقراره بأنه قبض ماله
 من الدين عند وارثه من كفيله ولا من اجنبي عنه تطوعاً .

ويشترط لعدم صحة الاقرار أن يكون المقر له وارثاً للمقر حين الاقرار فأذا أقر المريض بأنه
 قبض من ابنته المتوفاة قبله ماله قبلها يعتبر أقراره هذا كالأقرار للاجنبي . إلا إذا وقع الاقرار
 مصدراً بالنفي كقوله لا حق لي قبل فلان فيعتبر قوله قضاءً لا ديانة .

وكذا إذا قال الابن الذي توفيت أمه قبل أبيه لا حق لي قبل والدي من متروكات والدي
 أصلاً يعتبر قوله هذا ولو كان في مرض الموت لأن هذه العبارات وردت على النفي والمقر له
 يتمسك ببراءة الذمة التي هي الأصل .

أما الأبراء للاجنبي فصحيح ويشمل جميع المالك إذا أجازة الورثة إلا إذا كان الاجنبي
 كفيلاً لأحد الورثة وأبري من ذاك الدين فلا يصح الأبراء .

مادة ١٥٧١ [إذا أبرأ من تركته مستغرقة بالدين في مرض موته أحد مديونيّه
 فلا يصح إبراءؤه ولا ينفذ] إلا إذا أجاز الدائنون ذلك لأن هذا الأبراء وصية والوصية
 مؤخّرة عن الدين ولا عبرة لأجازة الورثة في ذلك لانهم لا يملكون شيئاً في التركة المدينة .

خلاصة كتاب الأبراء

تقسيم الأبراء باعتبار الماهية :-

إبراء الاسقاط حط الدين الثابت في ذمة الآخر ونزليه قسماً أو كلاً .

ابرء الاستيفاء الاقرار باستيفاء الحق وهو نوع اقرار .

ابرء الاسقاط النشاء وابرء الاستيفاء اخبار فلا تسمع دعوى كذب الاقرار بالاول وتسمع في الثاني .

الأداء السابق يسترد بعد ابراء الاسقاط ولا يسترد بعد ابراء الاستيفاء لذلك فأبراء الاسقاط أكثر من ابراء الاستيفاء .

بعض الفاظ الأبراء يشمل جميع الحقوق كقول المبري لا حق لي قبل فلان . وبعضها يشمل الديون كقول المبري فلان بري مما لي عليه . وبعضها يشمل الأمانات كقول المبري فلان بري مما لي عنده .

الابرء العام قسمان القسم الاول الابرء العام من كافة الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان والثاني الابرء العام من كافة الدعاوى كقوله لا دعوى لي قبل فلان .

الابرء العام نوع حق كقول المبري لا حق لي عند فلان (وهذا يشمل الأمانات) .
الابرء الخاص قسمان القسم الاول الابرء من مال مخصوص والثاني الابرء من ذات مال مخصوص وهذا الابرء اما ان يكون خاصاً بالدين كقوله ابرأت زيدا من ديني كذا واما ان يكون خاصاً بالعين وهذا غير صحيح واما ان يكون خاصاً من حق خاص كالابرء من حق الشفعة بعد ثبوته .

تقسيم الأبراء باعتبار المتعلق :-

الأبراء اما ان يتعلق بالدعوى واما ان يتعلق بنفس العين وكلاهما صحيح واما ان يتعلق بالعين المضمونة على وجه الانشاء فهذا باطل من حيث الدعوى وصحيح من حيث نفي وصف الضمان واما ان يتعلق بالعين المضمونة على وجه الاخبار واما ان يتعلق بالعين الأمانة وهذا باطل ديانة وصحيح قضاء واما ان يكون متعلقاً بالحقوق السائرة .

الحق يسقط بالابرء (١) اذا كان قابلاً للاسقاط (٢) اذا وقع الابرء مشروعاً (٣) اذا وقع لفظ الابرء غير مقيد بقيد يفيد الشك (٤) اذا وقع الابرء غير معلق بالشرط .
الابرء يشمل ما قبله ولا يشمل ما بعده ويجب ان يكون المبرأ معلوماً ومعيناً ، كالابرء الواقع ضمن العقد الفاسد .

الابرء لا يتوقف على القبول لانه من وجه اسقاط ويرد بالرد ولأنه من وجه تمليك .

ابرء المريض في مرض موته وارثه غير صحيح وابرءه الاجنبى ينفذ من ثلث ماله اذا لم يحزه الوارث .

مستثنيات : —

الابرء من بدل الصرف والسلم يحتاج الى القبول لانه يتضمن بطلان العقد . ولا يرد بالرد بعد القبول .

اذا ابرأ المحل له المحال عليه والمكفول له الكفيل يقع الابرء ولا يرد بالرد لانه اسقاط محض .

اذا ابرأ الدائن مدينه بناءً على طلبه فلا يرد هذا الابرء بالرد .

اذا سكت المدين بعد الابرء وانقض المجلس ثم رد الابرء في مجلس آخر فلا يرد الابرء

(على قول) .

اذا ابرأ الدائن الميت ورد الوارث هذا الابرء فلا يرد على قول .

اذا كان الوارث كفيلاً للمدين الاجنبى وابرأ الدائن الاجنبى في مرض موته فلا يعتبر

هذا الابرء .



الكتاب الثالث عشر

(في الاقرار ويشتمل على اربعة ابواب)

الأقرار ثابت بالكتاب فقد ورد في قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على أنفسكم) وثابت بالسنة فأن الرسول (صلعم) أمر بأجراء القصاص والحد الشرعي بحق اثنين اقر بما يوجب الحد وثابت بالأجماع فقد اجمع الصحابة على تطبيق الحد والقصاص بحق المقر فتطبيقه بحق المعاملات اولى من القصاص وثابت بالمعقول أيضاً لأن الأقرار وان كان اخباراً دائراً بين الصدق والكذب الا ان العاقل لا يتصور ان يقر بحق نفسه بما هو مضر به وبما ان الانسان ولي نفسه ولا تهمة في اقراره فالعقل يرجح طرف الصدق ويعتبر الأقرار دليلاً قوياً بحق المقر . ولا يصح الأقرار بحق الغير لعدم ولاية المقر على غيره لذلك اذا اقر الوارث المعروف بوارث آخر فأقراره يسري عليه دون سائر الورثة ولا يتحقق نسب المقر له بالوارث بناء على هذا الأقرار .



❀ الباب الاول ❀

(في بيان شرائط الأقرار)

مادة ١٥٧٢ [الأقرار] لغةً هو اثبات الشيء المتروك بين الثبوت والجحود واصلاًحاً [هو اخبار الانسان بحق عليه واجب تسليمه لاخر] وبهذا القيد يحتز من الدعوى والشهادة لأن الدعوى هي اخبار الانسان عن حق له قبل آخر والشهادة هي اخبار الانسان عن حق لرجل بذمة آخر .

ويجب ان يكون الحق المقر به واجب التسليم بناء عليه لا يعتبر اقرار من اقر بغصب حبة حنطة او حفنة تراب .

وقد وردت كلمة الحق مطلقة في هذه المادة وهذه يستفاد منها انشاء الأقرار او اخباره فما يتفرع عن كون الأقرار اخبار هو :

اولاً : الأقرار يشمل الحق المقر به الذي هو من قبيل الاسقاطات وغيرها كالبيع والأجارة والهبة والطلاق والعفو عن القصاص .

ثانياً : الاقرار يشمل الدين والعين — كالمال المغصوب — كقول المقر على اوله قبلي فهذا أقرار بالدين الا اذا فسر المقر اقراره بالأمانة كقوله عندي او معي او في بيتي او في كيسي . وقد اختلف الفقهاء بكون الأقرار اخباراً او انشاءً فمنهم من قال بأنه اخبار ومنهم من قال بأنه انشاء ومنهم من جمع بين القولين كالتمتاشي اذ قال بأن الأقرار من وجه اخبار ومن وجه انشاء فأذا قال المقر ان هذا المال لفلان فيكون قد اخبر بمسكية المقر له للمقر به في زمان سابق ولا يكون قد ملكه اياه بسبب هذا الأقرار واذا قال المقر (ان ملكي هذا فلان) فيكون قد انشاء بأقراره هذا ملكاً للمقر له غير موجود فيما سبق وحكم هذا الأقرار كالهبة ١٠

اما المسائل المتفرعة عن كون الأقرار اخبار هي :

اولاً : لا يشترط ان يكون المقر به ملك المقر حين الأقرار فيصح المقر ان يقر بملكه ويجوز له الأقرار بملك غيره لغير المالك فإذا اقر المقر بمال الغير الى آخر ثم تملكه بشراء او هبة وتسليم او ارث فليقر له اخذه منه فلو كان الأقرار انشاء لكان هبة وهبة الرجل ما لا يملكه لا تصح . وكذا اذا شهد رجل لآخر بمال ادعاه ثم تملك الشاهد المال من غير المشهود له ببيع او هبة وتسليم او ارث يؤمر بتسليمه للمشهود له لأن الشهادة اخبار .

ثانياً : اذا اقر المريض في مرض الموت بجميع امواله لأجنبي فالأقرار صحيح على ما جاء في المادة ١٦٠٠ من المجلة ولا يتوقف على اجازة الورثة فلو كان الأقرار تملكاً في الحال لوجب اعتبار ما يعادل ثلث المال المتروك فقط لأنه بحكم الوصية .

ثالثاً : لا يعلق الأقرار بخيار الشرط لأن الأقرار اخبار والخبر متى كان صاحبه صادقاً فيه وجب العمل بمقتضاه سواء رضي المقر ام لم يرض فيقع الأقرار غير مقيد بالخيار الا اذا اتر المقر بالبيع بالخيار فيكون الأقرار صحيحاً بحسب العقد فإذا صدق المقر له الخيار او اثبتته المقر لزم

والأفلا لأن الخيار من العوارض يجب فيه التصديق أو البيان • وكذا إذا أقر الكفيل بوقوع الكفالة معلقة بمدة معلومة (قصيرة أو طويلة) يعتبر الأقرار والخيار إذا صادقه الدائن أو أثبتته الكفيل •

رابعاً : يجوز الأقرار بالحصة الشائعة فلو كان الأقرار انشاءً لما جاز ذلك •

خامساً : الأقرار لا يتوقف على قبول المقر له فلو كان انشاءً وهبة لوجب قبوله وتسليمه •
سادساً : الأقرار بالخمر للمسلم صحيح و يجب تسليمه فلو كان انشاءً وتمليكاً مبتدأً لما جاز ولما وجب تسليمه •

سابعاً : الأقرار بالطلاق مكرهاً غير صحيح أما انشاء الطلاق مع الإكراه صحيح لأن مدلول الأنشاء لا يتخلف والأخبار يحتتمل الصدق والكذب ومدلوله يتخلف عنه ووقوع الإكراه دليل على كذب الأقرار •

ثامناً : إذا أقر المقر بمال آخر كاذباً فلا يجوز للمقر له ديانة أن يأخذ المال المقر به جبراً لأن الأقرار أخبار • أما إذا سلم المقر المقر به بطيب نفسه يكون هبة ابتداءً • لأن الأنشاء هبة وتمليك في الحال خلافاً للأخبار •

تاسعاً : إذا أقر رجل بوقفية ملك رجل آخر معلوم ثم اشتراه من صاحبه يؤخذ المقر بزمه وإذا غصب الرجل ملك غيره ووقفه لا يعتبر وقفه ولو اشترى المال من مالكه بعد الغصب والوقف لأن فعل الغاصب في ملك الغير انشاء فلا يصح الوقف به لأنه يجب صحة الوقف أن يكون المال الموقوف ملك الواقف أما الأقرار بالوقف هو أخبار لا انشاء فلا يحتاج للملكية المقر •

عاشرأ : يصح أقرار الزوجة بالنكاح من غير شهود فلو كان الأقرار انشاءً لما صح ذلك لأن انشاء عقد النكاح يحتاج إلى شاهدين •

الحادي عشر : الأقرار لا يكون سبباً للملك فلا تسمع دعوى المقر له بالمقر به بناءً على أقرار المقر •

الثاني عشر : إذا قال المدعي أن هذا المال لي حتى أن المدعى عليه أقر لي به وأنكر المدعى عليه دعواه يحلف المدعى عليه بأن المدعى به ليس بملك المدعى ولا يحلف على أنه لم يقر به لأن الأقرار ليس بسبب للملك •

الثالث عشر : اقرار الصبي المأذون بأن المال الذي بيده لغيره صحيح لأنه اخبار فلو كان انشاءً وهبة لما جاز راجع المادة ٨٥٩ .

اما ما يتفرع عن كون الاقرار انشاءً هو :

اولاً : اذا اقر المقر بدابة في يده لغيره يعتبر اقراره هذا بالدابة دون فلوها واذا اثبت المدعي دعواه بالدابة يسري البرهان على الدابة وفلوها لان الاقرار انشاءً فلو كان اخبار لسرى على فلو المقر به وزوائده .

ثانياً : الاقرار يرد برد المقر له ولا يصح القبول بعد الرد كالحبة فلو كان الاقرار اخباراً لوجب قبول القبول ولو وقع بعد الرد .

[و يقال لذلك مقر ولماذا مقر له وللحق مقر به] .

و يعتبر اقرار الوكيل ايضاً ولا يقال بأن اقراره لا يدخل تحت تعريف الأقرار الوارد في هذه المادة لأن اوكيل قائم مقام الموكل وكأن الاقرار الصادر منه صادر من الموكل و يعتبر الأقرار بنوعيه عاماً كقول المقر ان جميع ما بيدي من الأموال قليلها وكثيرها الى فلان او خاصاً كقوله ان هذه الدابة او هذا المال المنسوب لي هو لفلان .

مادة ١٥٧٣ [يشترط ان يكون المقر ذاقلاً بالغاً فلا يصح اقرار الصغير

والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم] .

لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر . وكذا النائم والمغمي عليه لا يصح اقرارهما لانهما بحكم المجنون واذا ادعى بأن الأقرار وقع حال صباوته وادعى المدعى عليه بأن الأقرار وقع حال بلوغه فالقول قول مدعي الصباوة لأنه منكر الضمان واضافة الاقرار الى حال الصباوة مناف للضمان .

اما اقرار السكران فإذا كان السكر بالطريق المنوع يعتبر فيما يتعلق بالمعاملات ولا يعتبر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كشربه مكرها فلا يعتبر مطلقاً لانه كالأغواء . ومنه لو شرب مضطراً او شرب دواءً او شرب ما يتخذ من الحبوب والعسل (مجمع الانهر)

ولا يعتبر اقرار الولي والوصي بحق من هو في ولايتهما الا اذا كانت حق الصبي معلق بذمة المدين بمباشرتهما فيعتبر اقرارهما ويضمن ما اقرا به . كالولي اذا اجر ملك الصغير ثم اقر قبض الاجرة فإنه يعتبر اقراره ويضمن ما اقرا به . وكذا اذا اقر وصي الصغير بأنه قبض واستوفى من اخ الصغير البالغ حصة الصغير الارثية بعد ان اقتسم التركة وانها تلفت في يده بدون تعد ولا نقصير ثم بلغ الصغير لا يجوز له مطالبة اخيه البالغ بحصته من التركة .

[ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصوصات التي صحت مأذونيته فيها] كالامور التجارية وما هو من تفرعاتها كالبيع والشراء والوديعة والدين والغصب والعارية لان المأذون في هذه التصرفات كالبالغ وقد اذن بناءً على عقله وادراكه فيعتبر اقرار الصغير المأذون ببيع المال واستيفاء الثمن لان الاقرار اخبار لا انشاء فلو كان انشاء سكن هبة والى المأذون ليس له الهبة . ولا يعتبر اقرار الصغير المأذون بالكفالة والمهر والجنابة لانه لا يجوز للولي ان يأذن الصغير بذلك في الاصل لان الكفالة عقد تبرع ابتداءً والمهر هو شراء ما ليس بمال بالمال والجنابات لا تتضمن المبادلة في الاصل .

مادة ١٧٤ [لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً] لان الأقرار لا يتوقف على القبول بناءً عليه لو اقر احد بمال للصغير غير المميز [وللجنون وللارضيع] يصح ويلزمه اعطاء لك المال [ويعتبر الاقرار ولو بين المقر سبباً غير صالح فلو اقر المقر بأنه اشترى مالاً من رضيع وأنه مدبون له بثمن المبيع او اقر بدين للرضيع صح اقراره ولا يمنع عدم اقتدار الرضيع من هذا القرار لا مكان الاقرار بالشراء من وليه او وصيه لان اعمال الكلام اولى من اهماله وتكون اضافة الاقرار الى الصغير مجازاً

ويجوز الأقرار للجنين وهذا يكون بأحدى الصور الآتية : الأولى — بالاقرار المبهم كقوله انا مدين لحل فلانة بألف قرش دون بيان سبب صالح لهذا الأقرار كالأرث والوصية فهذا الأقرار غير صحيح عند ابي يوسف لأن مطلق الاقرار ينصرف الى سبب التجارة وهو من قبيل الصورة الثالثة وهو القول الراجح خلافاً لمحمد .

الصورة الثانية — الاقرار ببيان سبب صالح وهذا صحيح بالاجماع كقول المقر ان هذا المال الى الجنين الفلاني لانه موروث لمن ابيه او لانه اوصي له فيه من فلان فأذا وقع هذا الاقرار لجنين امرأة ذات الزوج يعتبر اذا ولدته امه بظرف ستة اشهر واذا وقع لجنين امرأة معتدة يعتبر اذا ولدته امه بظرف سنتين والا فلا لأن اقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها سنتان . واذا تولدت المرأة توأماً ذكوراً او اناثاً يقسم المقر به بينهما مناصفة سواء كانت سبب الاقرار ارثاً او وصية لعدم امكان ترجيح ولد على آخر واذا تولدت بولد وبنت يقسم المقر به بينهما مناصفة في الوصية وثلثان وثلث في الميراث واذا تولد الجنين ميتاً يرد ما وقع الاقرار فيه الى ورثة للمورث او الى ورثة الموصي لانه متى تولد الجنين ميتاً ظهر بأنه لا يستحق شيئاً من المقر به .

الصورة الثالثة — الأقرار ببيان سبب غير صالح كقول المقر ان هذا المال لحمل فلانه لانه اقرضني اياه او باعني اياه فهذا لا يجوز بالاجماع لان الجنين لا يمكنه اجراء مثل هذه العقود وهو في رحم امه ولا يضاف العقد الى الولي والوصي لعدم وجود ولي للجنين فالجنين من وجه اصل فيوصى له ومن وجه تابع للاصل وجزؤ لاه فلا تصح الولاية عليه .

مادة ١٥٧٥ [يشترط في الأقرار رضاء المقر] وان يكون عارياً عن التلجئة والمواضعة [فلا يصح الأقرار الواقع بالجبر والا كراه مادة ١٠٠٦] .
لأن الأقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيحتمل حال الصدق فيه اذا وقع بالرضاء ويرجع حال الكذب فيه متى وقع بالأكراه لذلك لا يعتبر اقرار المتهم بالسرقة اذا اقر مكرهاً واذا زال الاكراه عاد الخيار الى المكروه ان شاء ادعى كذب الأقرار وحلف المقر له عملاً بالمادة ١٥٨٩ وان شاء وافق على اقراره وصدقه .

وكذا الأقرار في التلجئة والمواضعة فإنه غير صحيح فالتلجئة هي اتفاق المقر والمقر له على الأقرار بمال كذباً واذا اختلف المقر والمقر له بوقوع الاقرار صحيحاً او تلجئة ترجع بينة مدعي التلجئة واليمين يمين مدعي الصحة .

مادة ١٥٧٦ [يشترط ان لا يكون المقر مجبوراً عليه راجع الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر] انظر المواد ٩٦٦ و ٩٧٨ و ٩٧٩ وما يليها .

مادة ١٥٧٧ [يشترط ان يكون ظاهر الحال لا يكذب الأقرار بناء عليه]

١ [اذا أقر الصغير الذي لم تتحمل جثته البلوغ بقوله بلغت فلا يصح اقراره ولا يعتبر] . و يبقى محجوراً عليه ولا يؤخذ بقوله

٢ : الاقرار بالدين بعد البراء منه باطل فأذا ابرأ الدائن مدينه من الدين ثم اقر المدين لا يعتبر هذا الاقرار .

٣ : الاقرار بالحال العقلي باطل بناءً عليه اذا اقر المقر بدية يد المقر له ثم ظهر ان يدي المقر له سالماتان يبطل هذا الاقرار . وكذا اذا اقر المدينون بأنه استقرض من دائنه الف قرش يوم عرفه من سنة كذا وثبت بأن الدائن توفي قبل التاريخ المذكور فلا يعتبر هذا الاقرار .

٤ : الاقرار بالحال الشرعي باطل كاقرار الوارث بحصة زائدة من الارث للوارث الآخر . ويعتبر الاقرار بالحال الشرعي اذا كان ممكناً كالاقرار للصغير غير المميز بدين او ثمن مبيع فهو صحيح ولو كان الصغير ليس بأهل للقرض والبيع .

٥ : اذا كان اهل المجالس علمين بكذب الاقرار كرجل زوج بنته على مهر معلوم وكفه الحاضرون بأن يقر بقبض المهر فأقر به حسب تكليفهم لا يصح اقراره .

٦ : الاقرار الى الجنين ببيان سبب غير صالح .

٧ : اذا اقر المقر ببيع ماله من آخر بدون بيان الثمن ثم انكر البيع يصح انكاره لان البيع ينقي الثمن باطل .

٨ : اذا اقر المقر الى من هو اكبر منه سنًا بأنه ولده فلا يعتبر اقراره .

٩ : اذا تزوجت المرأة على مهر معلوم ثم اقرت بأن المهر لابيها او لاختها لا يعتبر اقرارها الا اذا كانت مديونة للمقر له واحالته على زوجها .

مادة ١٥٧٨ الجهالة في الاقرار على ثلاثة انواع النوع الاول الجهالة في المقر له لذلك

[يشترط ان لا يكون المقر له مجهولاً بجهالة فاحشة] .

لذلك اذا اقر المقر بدين لم يبين صاحبه لا يعتبر هذا الأقرار لعدم امكان اجبار المقر على

تسمية المقر له اما الحكم في البونو هو غير ما ورد في هذه المادة لأن البونو يدفع الى حامله والحامل يعلم عند ابرازه .

[واما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الأقرار مثلاً لو اقر احد بأن هذا المال لرجل مشيراً الى المال المعين الذي هو في يده او هذا المال لأحد من اهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك البلدة معهودين لا يصح اقراره واما لو قال ان هذا المال لأحد هذين الرجلين أو لأحد من اهالي الحلة الفلانية وكان اهل الحلة قوماً محصورين فيصح اقراره على تقدير انه اقر على الوجه المشروح وقال ان هذا المال لهذين الرجلين فلهما ان يأخذا ذلك المال من المقر ان اتفقا ويملكانه بعد الأخذ بالأشتراك وان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فأن نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما وان نكل عن يمين احدهما يكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه وان حلف للاثنين ببراءة المقر من دعواهما وببقي المال المقر به في يده] .

ويجب وقوع الاقرار الى الاثنين معاً طبقاً لما جاء في هذه المادة اما اذا اقر المقر اولاً لرجل ثم لآخر يقع اقراره الأول واذا سلم المقر المال الى المقر له الأول بدون حكم الحاكم يضمن بدله الى المقر الثاني واذا سلمه الى المقر له الاول بحكم الحاكم فلا يضمنه الى المقر الثاني عند ابي يوسف ويضمنه عند محمد . واذا قال المقر ان هذه الدنانير هي ودیعة زيد عندي ثم قال لاهي ودیعة عمرو فتكون الودیعة لزيد ويضمن المقر مثلها الى عمرو لأن الأقرار صح للأول وقوله لا بل ودیعة عمرو اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الأول ويجب عليه الضمان للثاني لأنه اقر له به وقد اتلفه عليه بأقراره به للأول .

النوع الثاني الجهالة في المقر به وهذا سيفصل ذلك في المادة ١٥٧٩ .

النوع الثالث الجهالة في المقر فهي غير صحيحة مطلقاً بناءً عليه اذا قال اثنان ان احداً مديون لفلان بكذا او نالاً له لك عند احداً كذا لان المحكوم عليه والذي سيؤخذ بهذا الاقرار

مجهول ولا يمكن تعيينه بتعيين المقر له وكذا اذا قال رجل لا آخر لي عندك الف قرش فقال المخاطب نعم (حضر الكيس وخيطه وخذ) او قال المخاطب مستهزأً ومستخفاً سنقبض عما قريب فلا يكون قد اقر له بشيء بقوله هذا . واذا ادعى المقر بأن اقراره كان استهزاءً وقال المقر له بأنه كان جدباً فلا يصدق من ادعى الهزل بدون البينة ويحلف المقر له بأنه لا يعلم بأن المقر كان مستهزأً بأقراره .

خلاصة الباب الأول

شروط الاقرار :

يشترط ان لا يكون الاقرار بالتلجئة وان لا يكون مكذباً بظاهر الحال والشرع لذلك فالاعتراف بالدين بعد البراء والاعتراف بما هو محال عقلاً او شرعاً والاعتراف للجنين ببيان سبب غير صالح باطل .

يشترط الجد في الاقرار ويشترط ان يكون المقر عاقلاً راضياً ومعيناً .

لا يشترط ان يكون المقر به ملك المقر وقت الانرار لان الاعتراف اخبار وتشترط معلومية المقر به في العقود التي لا تقع مع الجهالة كالبيع والاجارة .

لا يشترط بأن يكون المقر له عاقلاً فيصح الاعتراف للصغير غير المميز اما الاعتراف للجنين بدون بيان سبب صالح او غير صالح لا يصح عند ابني يوسف والاعتراف للجنين ببيان سبب صالح فصحيح والاعتراف للجنين ببيان سبب غير صالح لا يصح بالاجماع .

يشترط ان يكون المقر له غير مجهول جهالة فاشة اما الجهالة اليسيرة فأنها لا تمنع الاعتراف .

« الباب الثاني »

(في بيان وجوب صححة الأقرار)

١٥٧٩ لا يشترط كون المقر به معلوماً او ممكناً التسليم ويشترط ان لا يكون معدوماً بناءً عليه اذا اقر المقر بمجهول او بمطلق فيكون اقراره صحيحاً بناءً عليه [كما يصح الأقرار بالمعلوم كذلك يصح الأقرار بالمجهول ايضاً] وذلك في الامور التي يصح الاقرار بها مع الجهالة كالغصب والوديعة والسرقة لأن بعض الحقوق تجب وهي مجهولة كأتلاف الرجل مالاً لا آخر وهو لا يعلم قيمته واعطاء الرجل كيس نقود وديعة لا آخر لا يعلم مقداره ومحتوياته .

اما الأقرار بالترديد فهو ليس كالأقرار بالمجهول ويجب فيه الاقل فأذا قال المقر انا مدين لفلان بألف او بخمسة قرش فيؤخذ بالألف واذا ادعى المدعي المقر له بأكثر من ذلك يطلب منه البرهان . وكذا الأقرار بنفس الملك هو أقرار عام وليس بأقرار بالمجهول . وكذا اذا قال المقر ان هذا الفرس مشترك بيني وبين فلان يكون اقر له بنصفه ولا يكون اقر بالمجهول واذا قال موصولاً مشتركاً أثلاثاً يصدق بقوله .

[ولكن كون المقر به مجهولاً في العقود التي لا تكون صحيحة مع الجهالة كالبيع والأجارة مانع لصحة الأقرار] .

حتى اذا أقر بالبيع والأجارة وقال اشتريت من فلان واستأجرت من فلان فلا يصح أقراره ولا يجبر للبيان لأن كل تصرف يحتاج تحقيقه لأعلام وبيان ما يصادفه ذلك التصرف فلا يصح الأقرار به مع الجهالة .

[فأذا قال احد لفلان عندي أمانة او سرقت مال فلان او غصبته فيصح أقراره ويجبر على تعيين الأمانة المجهولة او المال المسروق او المغصوب] .
ولا يعتبر قول المقر اذا قال بأن الحق حق انساني او حق أمانة او حق جوار او حبة خنطة

او صبي حر سواء عينه موصولاً بالاقرار او مفصلاً عنه لان الشيء الذي لا قيمة له لا يمكن ان يكون واجباً في الذمة ويجب ان يقع الاقرار بشيء واجب في الذمة واذا ادعى المقر له زيادة على ما وقع الاقرار به يكلف لاثبات دعواه والا يحلف المقر اليمين على الزيادة المدعى بها .

واذا عين المقر الحق المقر به بالشفعة او بحق الطريق يقبل تعيينه . وكذا الورثة اذا أقروا لزوجة ابهم بحق وقالوا بأن الحق هو مهر يصدقون بتعيينهم . وكذا اذا أقر المقر بليرات مطلقاً يجبر على تعيين نوعها . واذا توفي المقر قبل تعيين الأقرار تكلف ورثته لتعيين الاقرار ولا يجبرون لأنهم يجهلون المقر به . ولأنهم اذا أجبروا يكونون كلفوا لاختيار الكذب وهذا لا يجوز واذا وقع الاقرار مطلقاً كقول المقر « له علي مال » وعين بعد ذلك فلا يصدق اذا عين اقل من درهم فضة واذا قال المقر « له علي مال عظيم » فلا يصدق اذا بين اقل من نصاب الزكاة اذا كان الاقرار بالذهب والفضة واذا أقر بالسائمة فلا يصدق بأقل من خمسة عشر جمل واذا بين بغير مال الزكاة فلا يصدق بأقل من قيمة الزكاة .

[أما لو قال بعت لفلان شيئاً او استأجرت من فلان شيئاً فلا يصح أقراره ولا يجبر على بيان ما باعه او استأجره] .

ويجب ان لا يكون المقر به معدوماً انما يجب ان يكون وجوده محتملاً كالاقرار بالحمل في الدابة فإذا تولد الحمل بأقل مدة الحمل يكون الى المقر لا مكان تصحيح هذا الأقرار بالوصية والا فلا . اما اقل مدة الحمل فهي في الغنم اربعة اشهر وفي باقي الحيوانات ستة اشهر . وفي التكلفة اقل مدة الحمل في الانسان ستة اشهر وفي الفيل احد عشر شهراً وفي الأبل والخيول والحمير سنة وفي البقر تسعة اشهر وفي الشاة والماعز خمسة اشهر وفي الهر شهرين وفي الكلاب اربعين يوماً وفي الطيور عشرين يوماً .

ويجب دفع قيمة المقر به اذا وقع الاقرار بما لا يمكن تسليمه كالاقرار بجذوع من سقف الدار لان الاقرار اخبار لا انشاء اذ لو كان انشاء لوجب بطلانه لان واحدة من جذع السقف وبيعها باطل .
مادة ١٥٨٠ [لا يتوقف الأقرار على قبول المقر له] لأن الأقرار من وجه اخبار فإذا أقر المقر بمبلغ وسكت المقر له صح الاقرار واذا أقر المقر لحاضر وجب عليه اقراره وتعذر عليه الرجوع عنه واذا اقر لغائب لا يلزم المقر الاقرار الا اذا قبله المقر له وصدقه واذا اقر لغائب

يجوز له الأقرار بما أقر له به لغيره قبل أن يصل خبر الأقرار إلى المقر له الأول لأن الأقرار الثاني للحاضر وسكوته رضاء فيه أما الغائب فلا يقال بأنه سكت ورضي قبل أن يصله خبر الأقرار .

[ولكن يترد برده ولا يبقى له حكم] ولا يعتبر التصديق بعد الرد ولا يقبل بوهان المقر له بأن المقر مدينون له بما أقر به بعد ذلك لأن الأقرار من وجه انشاء والرد ممكن في التمليكات المسالية كالأقرار وغير ممكن في غيرها أي في غير التمليكات المالية كأبطال الشفعة والطلاق والعتاق . فإذا ادعى المدعي ديناً له على مورث وبرز سنداً موقعاً منه يتضمن إقراره فادعى المدعى عليه الوارث بأن المقر له كان رد هذا الأقرار وعجز عن إثبات دعواه بالبرهان الخطي يحلف المقر له اليمين على هذا الدفع .

استثناء : يعتبر رد المقر له إذا كان مبطلاً لحقه ولا يعتبر إذا كان مبطلاً لحق غيره كرد المحال عليه وإبراء المحال له .

[وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به فلا يبقى حكم الأقرار في المقدار المردود ويصح الأقرار في المقدار الباقي الذي لم يردده المقر له] .

وهذا بخلاف ما لو كذب المشهود له شاهده في بعض ما شهد له به حيث تبطل شهادته لأن التكذيب لنفسه والفسق مانع من قبول الشهادة . وإذا كان المقر له شخصان فقبل أحدهما الأقرار ورده الآخر يأخذ الذي قبل نصف ما وقع الأقرار به .

مادة ١٥٨١ [إذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الأقرار مثلاً لو ادعى أحد الفأ من جهة القرض وأقر المدعى عليه بألف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الأقرار] .

لأن الأقرار لا يحتاج لبيان السبب ولأن اختلاف السبب بعد حصول المقصود لا يمنع الأقرار والمبيع أما أن يكون معيناً أو غير معين ومسلماً أو غير مسلم ويتفرع عن ذلك وجوه :
الوجه الأول — أن يقول المقر أنا مدينون لفلان بعشرة ليرات ثمن الدابة الفلانية التي اشتريتها ولم استلمها فلا يجب على المقر أن يدفع العشرة ليرات إلا إذا استلم الدابة بناءً عليه يقال إلى المقر له إذا أردت أن نقبض العشرة ليرات فسلم الدابة لأن ما ثبت بتصادقهما كالثابت بالمعاينة .

الوجه الثاني — ان يقول المقر انا مديون لفلان بعشرة ليرات ثمن الدابة الفلانية التي اشتريتها واستلمتها فيجب على المقر ان يدفع الى المقر له العشرة ليرات ولو قال المقر له ان الفرس التي باعها هي غير الفرس التي اقر بها المقر لان اختلاف السبب لا يمنع الاقرار .

الوجه الثالث — اذا قال المقر له ان الدابة لازالت لي ولم ابعك اياها فلا يلزم المقر شيئاً مما اقر به لان المقر قد اقر بالدين بمقابل ثمن الدابة فأذا لم يتحقق بيعها لا يتحقق الدين سواء كانت الدابة بيد المقر او بيد المقر له واذا كانت بيد المقر يستردها المقر له اذا لم يتحقق البيع .

الوجه الرابع — اذا قال المقر له ان الدابة لي ولم ابعك اياها بل بعتك غيرها فيجري بينهما التحالف لان المقر يريد تسليم المقر له الدابة التي اقر بها والمقر له يمتنع من ذلك ويريد اخذ ثمن الدابة التي يدعي شراءها والمقر ينكر عليه ذلك فوجب تحالفهما واذا حلفا سقط المبلغ عن المقر وبقيت الدابة الى المقر له .

الوجه الخامس — اذا قال المقر انا مديون لك بعشرة ليرات ثمن دابة اشتريتها منك صبح أقراره وأذا قال بعد ذلك « التي لم اقبضها » موصولاً او مفصلاً لا يصدق لان الدابة متى كانت غير معينة وغير مسلمة فالمقر يمكنه ان يرفض اي دابة يريد المقر له تسليمه اياها والتمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار المبيع واذا كان المبيع غير معين وغير مسلم فهو في حكم المستهلك لذلك فأذا اقر المقر بقبض الثمن يعتبر انه اقر بالمبيع ويعتبر انكاره القبض رجوعاً عن الاقرار .

مادة ١٥٨٢ [طلب الصلح عن مال يكون اقراراً بذلك المال] .

فأذا ادعى المدعي على المدعى عليه بحق وقال له المدعى عليه صالحني على حقك يكون قد اقر بذلك الحق وبكلف المدعي لبيان الحق المدعى به لانه هو الذي قال بهذا الحق مجملًا .

[واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون اقراراً بذلك المال فأذا قال احد الآخر لي عليك الف اعطني اياه وقال المدعى عليه صالحني عن المبلغ المذكور بسبعمائة وخمسين فيكون قد اقر بالألف المطلوب ولو كان طلب الصلح لمجرد دفع المنازعة كما اذا قال صالحني عن دعوى هذا الألف بكذا فلا يكون قد اقر بالمبلغ المذكور] .
وكذا طلب الأبراء عن المال وطلب تأخير الدعوى بعد الأقرار اقرار وطلب الأبراء من

الدعوى ليس بأقرار . وكذا طلب تأجيل الدين والادعاء بأدائه للدائن او بهيته له والتصدق به عليه او الادعاء بالأبراء منه او بأحالة غيره به عليه وطلب اخذ كفيل منه على الدين وقول المدعى عليه للمدعى خذه بعد ان ادعى المدعى بدينه على المدعى عليه وقوله قريباً او غداً اعطيك اياه ولا تأخذه مني اليوم او ما عندي ما اعطيك اياه ووقت ادائه لم يحن وكم انت تطالب به وفلان دفعه عني وقوله بعد دعوى المدعى وانا ايضاً لي عليك مبلغ كذا وقوله نعم كل ذلك اقرار بالدين . وكذا اذا قال احد لاخر سكر باب داري او اعطني لجام دابتي هذه فسكر له الباب او اسلمه للجام يكون قد اقر له بملكه بالدار او بالدابة . وكذا اذا قال احد لاخر لي عليك عشرة ليرات فأجابه المدعى عليه « زنه » او « انتقده » . او قال له انتظر الصراف حيث يحضر الآن ويدفع لك او قال له لم استدن من غيرك فيكون قد اقر له بالمدعى به . وكذلك اذا باع رجل مالا لاخر وحرر ببيعه سنداً يشعر بأنه باعه بيعاً صحيحاً نافذاً وشهد غيره عليه يكون قد اقر له الشاهد بملكية المبيع بشهادته هذه . اما اذا لم يذكر المدعى عليه مطلوب المدعى بجوابه صراحة ولم يشر اليه بالضمير فلا يكون اقر له بمدهاء كقول المدعى عليه اجل لي او اديت لي او تصدقت به علي او هبتني اياه او زن او لتتجاسب فلا يكون ذلك اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاماً مبتدأ . وكذا اذا قال لا نقل لفلان باني مديون له بعشرة ليرات فلا يكون ذلك اقراراً منه . وكذا اذا باع رجل مالا لاخر وحرر ببيعه سنداً وشهد غيره فلا يكون قد اقر له بملكية المبيع بشهادته لأن الإنسان يمكن ان يبيع المال فصولاً . وكذا اذا طالب المدعى المدعى عليه بعشرة ليرات فقال المدعى عليه « اصبر » او « تأخذ قريباً » فلا يكون اقر له بدعواه .

مادة ١٥٨٣ [اذا طلب احد شراء المال الذي في يد شخص آخر] او في يد وكيله [او استئجاره او استعارته او قال هبني اياه او اودعني اياه او قال الاخر خذه وديعة وقبل ذلك فيكون قد اقر بعدم كون المال له] بالانفاق وبكونه مال انقر له ضمناً على رواية . الا اذا كان مرهوناً وطلبه الراهن من المرتهن للاستئجار فلا يكون بطلبه هذا اقر بملكية المرتهن لذلك كان على جمعية المجلة المحترمة ان تقيد الاستئجار الوارد ذكره في متن هذه المادة بشرط عدم ظهور ملكية المستأجر في المأجور . وكذا الحكم بالعارية والوديعة .

ويجب أن يكون التناقض الوارد في هذه المادة غير قابل للتوفيق اما اذا وفقه طالب

الشراء تسمع دعواه المالك فإذا ساوم رجل آخر على شراء مال ثم ادعى ملكية هذا المال قائلاً بأن هذا المال الى مورثه وان واضع اليد كان وكيلاً عنه بالبيع فساومه ولما لم يتفقا توفي المورث وانحصر ارثه به لذلك فالمال له تسمع دعواه المالك بهذا التوفيق .

واذا ادعى الوكيل ملكية موكله في المال المدعى به فأثبت المدعى عليه كون الوكيل ساومه على البيع في مجلس القاضي تسقط خصومة الوكيل والموكل اما لو اثبت مساومة الوكيل في غير مجلس الحاكم تسقط خصومة الوكيل دون الموكل . وكذا اذا ادعى المدعي ملكية مال فادعى المدعى عليه بان المدعي كان طلب هذا المال بالشراء من غير المدعى عليه تسقط خصومة المدعي .

لذلك اذا ساوم الرجل آخر على مال يكون اقر بعدم ملكيته لهذا المالك بالاتفاق للتناقض اما طلب شراء المال هو اقرار بملكية ذي اليد عند بعض الفقهاء وليس بأقرار عند البعض الآخر لأن ذا اليد كما يكون مالكاً يكون وكيلاً عن المالك ايضاً وثمرة الخلاف هي ان من طلب من آخر شراء مال لنفسه ليس له ان يدعيه لا بالاصالة ولا بالوكالة ولا بالوصاية بالنظر للقول الاول وله ان يدعيه بالوكالة والوصاية عند أصحاب الثاني . وكذا اذا استأجر رجل من آخر دكاناً ثم ادعاها لولده الصغير تسمع دعواه لأن طلب استئجار الدكان هو اقرار بعدم ملكية الطالب للمأجور انما لا يكون اقراراً بملكية واضع اليد فتصح دعوى طالب الأيجار بملكية المأجور عن غيره . اما المجلة فأنها سكنت عن قبول احدى هاتين الروايتين وترجيحها احدهما .

واذا اقر المدعي بملكية المدعى عليه للمدعى به لا تسمع منه دعوى المالك لنفسه ولا لغيره للتناقض واذا لم يدل اقراره على ملكية المدعى عليه للمدعى به يكون اقراره هذا مبطلاً لدعواه الملكية لنفسه ولا يمنع من الادعاء به لغيره واذا كان كلام المدعي لا يفيد اقراراً بملكية المدعى عليه فيجب اعتبار قوله هذا اذا استند الى قرائن الأحوال والا فاليقين لا يزول بالشك .

استثناء : اذا كان المال الواقعة المساومة عليه ثوباً ملفوفاً لا يرى ولا تعلم حقيقته فالمساومة عليه لا تكون اقراراً بملكية ذي اليد .

واعلم بأن المساومة وطلب الشراء هي اقرار بملكية ذي اليد اذا طلب الشراء ضمناً لا صراحة فإذا اشترى رجل مالاً من آخر وادعاه ابوه عليه واخذه منه بالاستحقاق ثم توفي ابوه وورثه المشتري حصراً يرجع على البائع بالثمن ولا يكلف برد المبيع له اما اذا اقر به واستحق من ابيه ثم توفي ابوه وانحصر ارثه به فيجب عليه رده الى البائع .

مادة ١٥٨٤ تعليق الأقرار على الشرط الصالح لحلول الاجل والمعدود من آجال الناس لا يمنع صحة الأقرار والا يمنع لذلك [الأقرار المعلق بالشرط باطل] اذا كان خطر وجوده محتملاً والا فالتعليق على شرط كائن صحيح لأنه نتجيز لا تعليق كالأقرار المعلق على الموت فهو معتبر ولازم في الحال كقول المقر اذا مت فعلياً لفلان الف قرش لان الموت واقع لا محالة ووقوعه لا بد منه فالتعليق عليه ليس بتعليق بل نتجيز حتى لا ينكره الورثة وهو بمعنى الأ شاهد اما التعليق الموصول بمشيئة الله كقول المقر موصولاً بعد الأقرار ان شاء الله باطل وكذا اذا وصل المقر اقراره بعبارة التعليق الموصول بمشيئة الناس كقوله ان شاء فلان — وهو التعليق المستلزم الخطر — باطل ايضاً . اما التعليق بالشرط الكائن كقوله اذا توفيت فالأقرار صحيح .

[ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس فيحمل على اقرار بالدين المؤجل] فإذا صدق المقر له الاجل او اثبت المقر فيها والا يحلف المقر له على عدم وجود الاجل فإذا نكل ثبت الأجل واذا حلف اليمين يجبر المقر على دفع ما اقر به .

[مثلاً لو قال احد لاخر اذا دخلت المحل الفلاني او قضيت مصلحتي الفلانية] او دخلت داري او هب الهواء او نزل المطر او حكم الله وأراد [فأني مديون لك بكذا يكون اقراره هذا باطلاً ولا يلزمه تأدية المبلغ المذبور] . حتى ولو وصل الى المحل المقصود او قضى مصلحته .

وكذا تعليق الأقرار على مشيئة الملائكة والجن اذا وقع موصولاً سواء قيد المقر الاقرار بهذا القيد باختياره او بدون اختياره .

استثناء : اذا كان المقر به عقداً يقبل التعليق على الخيار كالأقرار بالدين او بالكفالة اقراراً معلقاً على الخيار يعتبر الاقرار ويطالب المقر بما وقع الاقرار به عند انقضاء مدة الخيار فإذا اقر المديون بقوله انا مديون لك بألف قرش ثمناً للبيع الذي اشتريته منك على ان اكون مخيراً به لمدة عشرة ايام او قال انا مديون لك بألف قرش كفالتي لمدينتك فلان بشرط الخيار لي لمدة عشرة ايام لأن اشتراط خيار الشرط صحيح بالبيع والكفالة .

[ولكن اذا قال ان اتى ابتداء الشهر الفلاني او يوم قاسم فأني مديون لك بكذا فيحتمل الأقرار بالدين المؤجل ويلزمه تأدية المبلغ عند حلول ذلك الوقت (راجع المادة ٤٠).]

لأن هذا الوقت يذكر عادة لبيان المدة ولذا يترك المعنى الحقيقي بالنظر للعرف اما اذا لم يصدق المقر له الاجل ولم يثبت المقر بحلف المقر له على عدم التأجيل ويكلف للدفع حالاً .
واذا وقع الاقرار بشرط الخيار يكون صحيحاً والشرط باطلاً كما جاء في المادة (١٥٧٢) فإذا قال المقر انا مديون الى فلان بعشرة ليرات من جهة الدين على ان اكون مخيراً لمدة ثلاثة ايام يعتبر الاقرار دون الشرط لان القصد من الخيار هو الفسخ والاقرار اخبار والاخبار اما ان يكون صدقاً يجب العمل به او كذباً يجب رده ولذا لا يصح فيه الخيار ولا يقال بأن الاقرار يرد بالرد والرد فسخ لان الرد ليس بفسخ للاقرار لان الفسخ هو رفع الشيء بعد الثبوت ورد الاقرار هو عدم ثبوت الاقرار بحسب الاصل لا رفعه بعد الثبوت لان الاقرار يحتمل الصدق والكذب فإذا كذبه المقر له يثبت الكذب به .

مادة ١٥٨٥ [الأقرار بالمشاع صحيح] سواء كان قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة لان الاقرار اخبار لا انشاء لانه لو كان انشاء لوجب عدم اعتباره لان الانشاء هبة وهبة المشاع لا تصح (انظر المادة ١٥٧٢) .

[فإذا اقر احد الآخر بحصة شائعة من ملك العقار الذي في يده كالنصف او الثلث وصدقه المقر له ثم توفي المقر قبل الأقرار والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الأقرار] .

وكذا حكم الاقرار بالحصة الشائعة من المنقول .

مادة ١٥٨٦ [اقرار الأخرس بأشارته المعهودة] وكذا أقراره بالكتابة [معتبر] فيعتبر بيعه وأيجاره ورهنه ونكاحه وطلاقه وإيرائه من القصاص بأشارته المعتادة اذا كان يعرفها الحاكم والا فأشارته المعروفة من اخوانه واهله وأقربائه وأصدقائه وجيرانه ولا يعتبر اقراره في الحدود — ولو حد القذف —

[ولكن أقرار الناطق بأشارته لا يعتبر] لأن الإشارة تقوم مقام اللفظ عند العجز [مثلاً لو قال احد للناطق هل لفلان عليك كذا درهم حق فلا يكون قد اقر بذلك الحق اذا خفض رأسه].

الأقرار بالنسب وبالاقرباء والزوجية

يصح الأقرار بالولد : (١) اذا كان الولد في بلد ولادته او في بلد وجوده مجهول النسب واذا كان معلوم النسب في بلد اقراره او في بلد ولادته وثبت نسبه لغير المقر فلا يعتبر الأقرار .

(٢) اذا كان سن الولد مساعداً لان يكون ولداً للمقر بالنسبة الى عمره فيجب ان يكون المقر اكبر من الولد باثني عشر سنة وستة اشهر واذا كانت المقررة امرأة يجب ان تكون اكبر من الولد بتسع سنوات وستة اشهر .

(٣) اذا صدق الولد المقر اذا كان مميزاً واذا كان غير مميز فلا يحتاج لتصديقه لان غير المميز بمنزلة البهيمة في يد غيره خلافاً للميز لانه في يد نفسه . فأذا تحققت هذه الشروط صح نسب الولد وشارك أولاد المقر بالأرث وليس للمقر ان يرجع بعد ذلك عن اقراره لان النسب لا يبطل بعد الثبوت . وكذا الأقرار بالوالدين (وان عليا) يصح اذا اقترن بالشروط السابقة .

الاققرار بالقرابة التي توجب تحميل النسب على الغير كالأقرار بالاخ والعم والجد وبأبن الابن صحيح فأذا اقر احد اولاد المتوفى لشخص ثالث بأنه اخوه يصح اقراره من حيث المسال ويدفع المقر للمقر له من حصته ما يصيبه من الأرث بالنسبة الى حصته ولا يكون المقر له بهذا الاقرار ابناً للمتوفى ومنسوباً لنسبه بسبب هذا الاقرار .

اما الأقرار بالزوجية (١) اذا كانت الامراة ليست بزوجة ولا معتدة لآخر (٢) اذا كان المقر غير متزوج بامرأة لا يمكن جمعها مع المقر لها بنكاح رجل واحد كأختها (٣) ان لا يكون للمقر اربع نسوة غير المقر لها تحت نكاحه (٤) ان لا تكون المقر لها مجوسية او وثنية .

خلاصة الباب الثاني

- ١ — الاقرار بالمجهول بالأمر التي يجوز الاقرار بها مع الجهالة كالغصب والوديعة والسرقه صحيح . والأقرار بالترديد ونفي الملك والاشتراك لا يعد أقراراً بالمجهول .
 - ٢ — الاقرار من وجه اخبار فيصح الاقرار بالمشاع ولا يتوقف على قبول المقر له .
 - ٣ — الاقرار من وجه انشاء فيرد بالرد والرد صحيح بحق المقر له لا بحق غيره فلا يتجاوز رده غيره .
 - ٤ — الاختلاف بسبب المقر به لا يمنع صحة الاقرار فالاقرار صحيح والسبب باطل .
 - ٥ — اذا ذكر المقر مطلوب المدعي صراحة او أشار الى مطلوب المدعي بضمير يكون قد اقر الى المدعي والا فلا .
 - ٦ — الاقرار المعلق على الشرط باطل الا اذا كان معلقاً على خيار الشرط فالشرط باطل والاقرار صحيح .
- اذا وصل المقر اقراره بعبارة ان شاء الله { فالأقرار بالأنفاق باطل
اذا وصل المقر اقراره بعبارة ان شاء فلان
- اذا علق المقر اقراره بشرط كائن فالأقرار صحيح .
- اقرار الاخرس بأشارته المعهودة واققراره بالكتابة معتبر وأشارة الناطق لا حكم لها .

« الباب الثالث »

(في بيان احكام الأقرار ويشتمل على ثلاثة فصول)

* الفصل الأول *

(في بيان الأحكام العمومية)

مادة ١٥٨٧ [يلزم المرء بأقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين] ولو كان الأقرار غير مطابق لنفس الأمر الا اذا كذب شرعاً .

المرء يلزم بأقراره لأن الأقرار اشد أسباب الحكم واقوى من البينة لأن الحكم بالأقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون به .

ويعتبر الأقرار ولو كان مخالفاً للحقيقة والواقع كما اذا أقر احد مستحقي الوقف ان لا حصة ولا حق له في الوقف وان الحصة التي قيل بأنه يستحقها هي الى فلان فيعتبر اقراره ويسقط حقه من الوقف اما لو قال جعلت الغلة المشروطة لي من وقف كذا لفلان او اسقطت حتي منها فلا يسقط حقه ويبقى له الا ان هذا ليس بأقرار وحيث كان المرء مؤاخذاً بأقراره لذلك :

(١) لا يصح الرجوع عن الأقرار كما هو صريح المادة ١٥٨٨ من المجلة .

(٢) اذا أقر الوارث المعروف لوارث آخر يدفع المقر الى المقر له حصته الأثرية باعتباره شريكاً له بالأثر ولا يثبت نسب المقر له الى المتوفى بهذا الأقرار .

(٣) اذا توفي الدائن وترك ولدان فأقر احدهما بأن والده استوفى نصف ماله من الدين وانكر الآخر يقبض المنكر نصف الدين لنفسه ولا يشار كه فيه الآخر .

(٤) اذا تحاسب الدائن والمديون واعطى المديون سنداً لدائنه بما ظهر عليه فيؤاخذ بأقراره ولا يلتفت الى قوله اذا طلب رؤية الحساب تكراراً لأنه لا عذر لمن اقر واذا كان احد طرفي القول اقراراً والطرف الآخر دعوى يرجع فيه طرف الأقرار ويعمل به بلا بينة ويكف المدعي لاثبات جهة الدعوى لأن الإنسان متى اقر بحق الآخر أخذ به حالاً ومتى ادعى على آخر طلب

منه البرهان لذلك : اذا أقر المديون بالدين المؤجل وصادقه الدائن على التأجيل يكون الدين مؤجلاً والايكون حالاً ويكلف المقر لأثبات التأجيل واذا عجز عن الأثبات يحلف خصمه اليمين فإذا حلف صار الدين حالاً ولذلك فالمدين يمكنه انكار الدين او الأقرار به عند حلول الأجل خوفاً من مطالبة الدائن حالاً الا اذا كان الأقرار بالأجل موصولاً بأصل الأقرار فيصدق المقر بقوله • وكذا اذا قال الدائن لي عند مديني خمسة عشرة ليرة قبضت منها خمسة وبقي لي منها عشر ليرات فقال المدعى عليه ليس لك عليّ شيء أصلاً فكلف المدعي لأثبات دعواه فعجز وحلف المدعى عليه فحلف فللمدعى عليه استرداد الخمس ليرات التي اقر بها المدعي • وكذا اذا قال هذه الدابة لفلان وانا استأجرتها منه فيصدق بأقراره بملكية المالك ويكلف لأثبات الأجرة اذا انكرها المقر له • وكذا اذا قال رجل ان هذا المبلغ لي كنت ودعته عند فلان واستردته منه وانكر عليه الآخر الوديعة فله استرداد المبلغ منه لان المقر اقر له بيده وادعى الوديعة والآخر منكرها • وكذا لو قال احد ان هذا المال لي وانت غصبته مني وقال المدعى عليه هو لي وكنت اودعتك اياه واخذته منك فيرد المال حالاً الى المدعي ويكلف المدعى عليه لأثبات دعواه •

استثنائات : يستثنى من ذلك اقرار الكفيل بالدين المؤجل فان القول له بذلك لأن الاجل بالكفالة ثبت بلا شرط فانكفالة المؤجلة هي احد نوعي الكفالة فلا اقرار بنوع لا يكون اقراراً بالنوع الثاني (راجع المادة ٦٥٢) •

وكذا اذا أقر المديون بدين عليه من النقود المعشوشة وادعى المدعي الدين بالنقود الخالصة فالقول قول المقر لأنه اقر بنوع العملة ويعمل بأقراره •

واذا تكرر الأقرار فأما ان يكون مضافاً الى السبب والسبب متحد او مختلف واما ان لا يكون مضافاً الى سبب فأذا كان مضافاً الى سبب متحد يجب على المقر اداء دين واحد فأذا اقر رجل في مجلس بأنه مديون من ثمن فرس مشار اليها الى آخر بألف قرش ثم اقر في المجلس او بغيره الى المقر له بألف من ثمن نفس الفرس فيكون اقر بألف واحدة واذا اختلف السبب يكون اقر بدينين •

كمن اقر بألف من ثمن فرس وبألف من ثمن برذون الى شخص واحد فيكون مطالباً بالألفين •

واذا ما أضيف الأقرار الى سبب فأما ان يحور سند ويشار اليه واما ان لا يحور سند فأذا حور سند واحد واشير اليه ولو مراراً وتكراراً وتعدد الأقرار فلا يجب على المقر الا الاقرار الأول واذا تعدد السند يكون الدين بقدر ما تضمنته الأسناد المقر بها •

واذا لم يحضر سنداً بالأقرار ينظر فإذا كان الأقرار الأول بحضور غير الحاكم والثاني بحضور الحاكم يعتبر الدين واحداً وإذا كان الأقراران بحضور الحاكم وبمجلسين وادعى الطالب بموجب الأقرارين وادعى المديون بأن الدين واحد فالقول قول المديون وإذا كان الأقراران بحضور غير الحاكم واشهد المقر على الأقرار الأول شاهدين وعلى الثاني شاهدين وطالبه المقر له بدينين يأخذهما عند الأمام الأعظم وإذا اشهد عليهما أو على أحدهما أقل من النصاب أو نفس الشهود يؤخذ بدين واحد عند الأمامين في كل الأحوال وإذا كان الدينان غير مساويين لبعضهما يطالب المقر بالاكثر .

[ولكن اذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لأقراره حكم وهو انه]

أولاً : [اذا ظهر مستحق ادعى الشيء الذي اشتراه احد وكان في يده وعند المحاكمة لو قال ذو اليد هذا كان مال فلان وباعني اياه واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك فيرجع ذو اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق لأن أقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً للرجوع] .

ثانياً : اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم ظهر عيب قديم فيه وأراد المشتري الثاني إعادة المبيع الى المشتري الأول فانكر المشتري الأول العيب واثبته المدعي المشتري الأخير وحكم برد المبيع في البيع الثاني لخيار العيب يرجع المشتري الأول ايضاً على بائعه بالعيب ولا يلتفت الى أقراره لانه كذب بحكم الحكم .

ثالثاً : اذا انكر الكفيل كفالته واثبتها الدائن وحكم بها رجع الكفيل على المدين واثبت امره له بالكفالة واخذ ما حكم به عليه ولا يلتفت الى انكاره الأول .

رابعاً : اذا أقر الدائن بقبض دينه من جهة وحلف المدين بأنه دفع له محسوباً من جهة أخرى يعتبر قول المديون وللدائن مطالبته بدينه الذي له عليه من الجهة الأخرى ولا يلتفت الى أقراره بقبض ذلك الدين مثلاً لزيد قبل عمرو الف قرش ثمن فرس والفرس ثمن يزون فدفع عمرو

الفأ وادعى بأنها ثمن الفرس وقال زيد بأنها ثمن البرزون . لذلك فيعتبر قول الدافع على ما جاء في المادة (١٧٧٥) ولزيد طلب ثمن الفرس ولا يناقض طلبه هذا أقراره الأول .
خامساً : مسألة الشفعة (راجع المادة ٧٩) .

مادة ١٥٨٨ [لا يصح الرجوع عن الأقرار في حقوق العباد وهو انه اذا اقر احد لا آخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن أقراره فلا يعتبر رجوعه ويلزم بأقراره] .

لأن الأقرار ملزم للمقر وقد تعين حق المقر له به فأذا رجع المقر بأقراره يكون نافض قوله الأول والتناقض لا يعتبر وقد تعين حق المقر له بالأقرار ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . و يصح الرجوع عن الأقرار في حقوق الله فأذا قال المقر انا سرقت او زينت ثم رجع عن أقراره يقبل منه هذا الرجوع لأن الحدود تدرأ بالشبهات .
واذا أقر المقر بمجهول ثم بين وفسر قيمة المجهول بغير قيمته لا يقبل منه هذا التفسير ويجوز على تفسير ما اقر به بشي من قيمته .

وكذا اذا أقر الوارث بأن والده اوصى بثلث ماله الى زيد او الى عمرو او الى بكر يكون اقر بثلث المال الى زيد لأنه عندما اقر لزيد اثبت هذا الحق له فلا يعتبر رجوعه بعد ذلك .

وكذا اذا قال المقر علي لزيد الف قرش ثم قال لا خمسمائة فيعتبر أقراره بالألف .
وكذا اذا أقر المقر لا آخر بألف قرش ثم قال ثمن الجيفة او الانسان الحر فيكلف بدفع المبلغ ولا يعتبر رجوعه الا اذا أثبت دعواه بالبينة او صدقه المقر سواء ذكر السبب موصولاً او مفصلاً عند الامام اما الامامان فقد اعتبرا الأقرار اذا ذكر السبب مفصلاً والاعتبار بالأقرار والسبب .
وكذا اذا قال المقر انا قد اغتصبنا من فلان عشرة ليرات وكنا عشرة أشخاص وادعى المدعي بأن المقر هو الغاصب فيلزم بجميع المبلغ الا اذا صدقه المقر له او أنام المقر البينة على قوله الاخير .
اما الامام زفر فقد قال بتضمين المقر عشر المبلغ فقط . واذا قال نحن كنا عشرة أشخاص واغتصبنا مال فلان فيطالب المقر بحصته على نسبة عدد رؤوس الأشخاص .

اما الاستثناء من الأقرار فليس برجوع فأذا قال المقر علي لفلان الف قرش الا مائة . يعتبر اقراره بتسعمائة قرش فقط .

ويشترط بالاستثناء ان يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه بالضرورة النفس والسعال فيعتبر فيها المفصول موصولاً وببطل الاستثناء اذا كان منفصلاً خلافاً لابن عباس رضي الله عنه فقد قال بصحة الاستثناء المفصول ولو بعد سنة .

ولا يمنع النداء اذا دخل بين الاستثناء والمستثنى لأن النداء تنبيه وتأكيد كقول المقر « لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة » .

ويصح الاستثناء مع النداء سواء كان النداء مفرداً او جمعاً او مضافاً كقول يا ابن فلان وسواء كان المنادى المقر له او غيره اما الأشهاد والتسبيح فإنه يمنع صحة الاستثناء كقول المقر « لك علي الف قرش فاشهدوا الا كذا » لأن الأشهاد وقع بعد تمام الأقرار فيكون الاستثناء منفصلاً عن المستثنى منه ورجوعاً عن الأقرار .

ويشترط بالاستثناء ان يكون بعض المستثنى منه لذلك فالاستثناء المستغرق — اي استثناء الكل — باطل لأن الاستثناء هو التكلم بالباقي . فإذا كان الباقي غير موجود يكون الاستثناء باطلاً سواء كان الاستثناء موصولاً او مفصولاً ولو كان الاستثناء بحق عقد قابل للرجوع كالوصية لأن استثناء الكل استثناء فاسد فإذا قال المقر ما في هذا الكيس لفلان الا ألفاً ينظر فإذا كان ما في الكيس الف قرش فقط يكون الاستثناء باطلاً واذا كان ما فيه اكثر من ذلك يعتبر الأقرار بحق ما زاد عن الألف .

وكذا اذا أقر بشيئين ثم استثنى تمام احدهما وبعض الآخر يبطل الاستثناء بكليهما فإذا قال علي لفلان مد حنطة ومد شعير الا مد حنطة ونصف مد شعير فلا يعتبر هذا الاستثناء عند الأمام لأن الاستثناء المستغرق بالحنطة لغو وباطل والاستثناء بالشعير مفصول عن المقر به وباطل الا اذا قدم الاستثناء غير المستغرق بالشعير فيعتبر الاستثناء بذلك فقط بحق الشعير بالأثاق وهذا كله اذا كان الاستثناء بلفظ الصدر او بمايساويه كقوله نسائي طوالق الانسائي او نسائي طوالق الا زوجاتي وعبيدي احراراً الا مالم يكي فإن الاستثناء في كل ذلك غير صحيح ويعتبر الاستثناء اذا كان بغير لفظ الصدر كقوله عبيدي احرار الا هؤلاء او عبيدي احرار الا سالماً وراشداً وغانماً أو قال ثلث مالي لزيد الا ألفاً يعتبر الاستثناء ولو كان العبيد هم نفس المشار اليهم او سالم وراشد وغانم فقط او كان ثلث ماله الف قرش او اقل من ذلك . وكذا قوله له علي عشرة دراهم الا ديناراً فيعتبر استثنائوه ولو كان الدينار يساوي العشرة دراهم او اكثر منها .

ويشترط بالاستثناء ان لا يكون المستثنى منه متناولاً لفظاً للمستثنى فلا يستثنى الوصف من المستثنى ولا يصح استثناء البناء من الدار لأن البناء داخل تبعاً في الدار وهو وصف فلا يستثنى لأن الاستثناء امر لفظي ولفظ الدار لا يتناول البناء اصالة بل تبعاً لذلك اذا أقر رجل لآخر بدار واستثنى البناء فيكون البناء والدار للمقر له لأن المقر عندما قال ان هذا الدار لي يكون قد ادعاها لنفسه ثم لما قال بأن الأرض لفلان يكون قد أقر بالبناء تبعاً للأرض اما اذا قال — ان البناء لي والعريضة لفلان يعتبر أقراره فكأنه قال ان يياض هذه الأرض دون البناء لفلان . ولا يصدق المقر في حق غيره فأذا قال الرجل بأن بناء هذه الدار لزيد والأرض لعمرو يعتبر قوله لعدم امكان رجوع المقر عن أقراره في حق الغير .

ويجوز استثناء البيت من الدار لأن البيت اسم جزء من الدار مشتمل على ارض وبناء فيصح استثناءه باعتبار ما فيه من الأصل وهو الأرض فكان متناولاً له لفظ الدار والاستثناء أخراج لما تناولوه لفظ المستثنى منه ولا يضر كون البناء جزءاً من مسمى البيت مع انه وصف من الدار لأنه لم يستثن الوصف منفرداً بل قائماً بالأصل الذي هو الأرض .

ويشترط بالاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه صورة ومعنى فيجوز استثناء بعض المقدرات بما هو من جنسها كقوله له علي الف مد حنطة الامدين ويجوز استثناء الدراهم والدنانير من المقدرات لأن الكيلي والوزني والدراهم والدنانير كلها مقدرات ثبتت في الذمة ولا يعتبر الاستثناء اذا كان من غير جنس المستثنى منه ولو معنى كقوله له علي الف درهم الا ثوباً .

ويعتبر استثناء الحصة الشائعة سواء كانت قابلة للقسمة ام لا كقوله هذا الفرس لفلان الا ثلثه فيعتبر الأقرار بالثلثين فقط .

ويجوز ان يكون المستثنى اكثر من الباقي فيستثنى ثمانين او تسعين في المائة او اكثر من ذلك مما وقع الأقرار به . بناءً عليه اذا قال الرجل لزوجته انت طالق ست تطليقات الا اربعاً يعتبر هذا الاستثناء وتكون الزوجة طالقاً طلاقين فقط وان كانت الطلاقات الست لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث .

واذا كان المستثنى عن دين بينهما حرف شك يعتبر الأقل على رواية والاكثر على رواية اخرى فأذا قال « له علي الف درهم الا مائة او خمسين درهماً » يعتبر الأقرار بتسعمائة وخمسين لأن خروج المائة من الأقرار مشكوك وخروج الخمسين متيقن .

وإذا كان المستثنى مجهولاً يثبت الأكثر كقولہ « له علي مائة درهم الا شيئاً او الا بعضاً او الا قليلاً » يجب عليه احدى وخمسين درهماً لأن الشك اذا حصل في الخرج يحكم بخروج الأقل والأقل هو ما دون النصف .

مادة ١٥٨٩ [اذا ادعى احد بكونه كاذباً في أقراره الذي وقع فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً] سواء كان الحق المقر به ديناً او غير الدين كالأرث والقياس هو عدم التحليف لأن المرء مؤاخذ بأقراره فلا تسمع دعوى كذب الأقرار عند الطرفين اما الأمام ابو يوسف فقد قال بجرى ان التعامل بأعطاء السند أولاً واخذ المال بعد ذلك وحيث يجوز للدائن ان يأخذ السند ولا يدفع الدين فيحلف على عدم كذب الأقرار اذا طلب المقر ذلك لأننا اذا كنا لم نحلف المقر له نكون اوجبتا على المقر ضرراً لا يقبل التلافي وهو اخذ ماله منه بغير حق أما لو حلفنا المقر له فيحلف اذا كان محققاً بدعواه والا ينكل عن يمين فاجرة . وبقي الحق لصاحبه . ويجوز لو ارث المقر ان يطلب تحليف المقر له بتاتاً . وكذا للمقر تحليف وارث المقر له على عدم العلم . لأن دعوى كذب الأقرار لا تثبت بعد الحكم مطلقاً . اما دعوى الرجوع بعد الأقرار فهي ليست كدعوى الكذب بالأقرار لأن دعوى كذب الأقرار هي رد الأقرار الصادر من المقر لا رجوع عنه وقد ورد في كتب الفقه بأن دعوى كذب الأقرار يمكن اثباتها بالبينة وعندي اي هذه الدعوى لا تثبت الا بسند لأنها دعوى ضد سند على ما جاء بأصول المحاكمات الحقوقية فلا تسع فيها البينة على اثبات أقرار شفاهي وقع بحضور غير الحاكم . (انظر المادة ٨٠ و ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية والمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات الشرعية . وللمدعي اقامة البينة على أداء المبلغ الى المدعى عليه مدعي كذب الأقرار وله تحليفه اليمين على عدم القبض .

[مثلاً اذا أعطى احد سنداً لآخر محرر فيه انه قد استقرض كذا دراهم من فلان ثم قال وان كنت أعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه فيحلف المقر له له بعدم كون المقر كاذباً في أقراره هذا] .

فأذا حلف اخذ المقر به والا ردت دعواه . وكذا اذا أعطى المدعى عليه سنداً بعشرة ليرات

ثم ادعى بأن خمس ليرات منها هي دين عليه والخمسة الباقية رباً يحلف المدعي على ان جميع المبلغ المدعى به دين شرعي ثابت بذمة المدين .

وكذا اذا اقر المودع بأخذ ودیعة بسند ثم ادعى كذب اقراره تسمع دعواه . وتسمع دعوى المبرأ بأبراء الأستيفاء بكذب الأقرار لذلك اذا باعت الزوجة دارها لزوجها بمبلغ بحضور الحاكم وحررت بذلك سنداً اقرت به بقبض ثمن المبيع ثم ادعت بكذب الأقرار تسمع دعوها ويحلف الزوج على عدم كذب الأقرار . وكذا اذا اقر المشتري بحضور شهود بأنه رأى المبيع واعطى سنداً بذلك ثم ادعى كذب الأقرار فله تحليف البائع .

ويطلب التحليف على عدم الكذب بالأقرار بعد الأبراء العام اذا كان دفعاً للزوم المال مثلاً اذا اقرت امرأة حال حياتها لا بنتها بمبلغ معين ثم أبرأت ذمتها أبراء عاماً ثم توفيت المقررة وادعى الوصي بأنها كانت كاذبة بأقرارها فيحلف المقر لها ولا يمنع الأبراء العام التحليف .

اما اذا أعطى المقر المقر به الى المقر له ثم أبرأه أبراء عاماً ثم ادعى كذب الأقرار لا تسمع دعواه لأنه يريد استرداد ما دفعه خلافاً للسألة الأولى فإن الوصي يريد بها عدم الدفع لاسترداد ما دفع . وكذا اذا أعطى رجل سند دين ذكر فيه انه أبرأ دائئه فيما عدا الدين تسمع منه دعوى كذب الأقرار .

مادة ١٥٩٠ [اذا اقر أحد لا آخر بقوله لك في ذمتي كذا دراهم طلب وقال الآخر هذا الطلب ليس لي وانما هو لفلان وصدقه ذلك فيكون ذلك الطلب له ولكن يكون حق قبضه للمقر له الأول يعني لا يجبر المديون على أداء المقر به للمقر له الثاني اذا طالبه وأذا أعطى المدين المقر به للمقر له الثاني برضاه فتبرأ ذمته وليس للمقر له الأول ان يطالبه به] .

ويكون المقر له الأول كوكيل للمقر له الثاني وله القبض لأن حقوق العقد تعود الى العاقد وتبرأ ذمة المديون من الدين اذا دفعه الى المقر له الثاني واذا قال المقر له الأول ان الدين الذي لي بدمتك هو ليس لي بل الى فلان فيكون قد وهبه له ولا يجبر على دفعه وتسليمه الى الموهوب له ما لم يسلمه على قبضه ويقبضه الموهوب له حسب التوكيل .

* الفصل الثاني *

(في بيان نفي الملك والأسم المستعار)

نفي الملك جار بالمتقول وغير المتقول وغير جار في الأراضي الأميرية والمسقطات والمستغلات الموقوفة . فإذا أقر المتصرف بأرض أميرية مقيدة عليه بدائرة التملك او أقر بدكان جارية بتصرفه بالأجارتين من جهة وقف بأذن متوليها بأنها الى فلان فلا يكون المقر له متصرفاً بالأرض والدكان بمجرد هذا الأقرار لأن الأقرار من وجه النشاء والانشاء في ذلك فراغ فلا بد فيه من اذن صاحب الأرض ومتولي الوقف .

ويشترط في الأقرار ان لا يكون مكذباً بظاهر الحال فلا يسمع أقرار الزوجة بأن مهرها الثابت بذمة زوجها الى ابائها ولا يسمع أقرار المقر المتصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة لغيره لأن مأمور الأراضي ومتولي الوقف قد اذنا الى المتصرف بتصرفه لا الى المقر له وظاهر الحال مكذب للأقرار ويعتبر أقرار المقر اذا قال ان الدكان الموقوفة الفلانية الجارية بتصرفي هي الى فلان لأنه كان وكلني بتفريغها ونفريغها بأذن المتولي كجاء ذلك مفصلاً بشرح المادة ١٤٨٥ ملاحظة — ان الفقرة الموقفة من المادة الرابعة من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة امرت بلزوم مراجعة الطرفين المتواضعين دوائر التملك وقيد الأراضي والأحكام المقيدة على احدهما بطريق المواضعة على اسم الآخر بخلاف سنتين كاملتين وان لا تسمع لمدعي المواطئة دعوى اذا مضت المدة المذكورة اعتباراً من تاريخ قانون التصرف بالأموال الغير المنقولة بدون عذر مشروع .

مادة ١٥٩١ [المتصرف اذا أضاف المقر به الى نفسه في أقراره فيكون قد وهبه

للمقر له ولا يتم ما لم يكن هناك تسليم وقبض] .

لأن هذا الأقرار بأضافته الملك للنفس هو انشاء لا اخبار ومال الإنسان لا يكون له ولغيره في وقت واحد اما الأقرار بأضافة الملك الى النسبة اخبار فلا يحتاج الى القبض كقول المقر ان ما في منزلي او ما في غرفتي من المال هو الى فلان ويدخل في هذا الدواب التي تبنت ليلاً في الدار وتخرج نهاراً الى المرعى .

[وان لم يصفه الى نفسه يكون قد نفي الملك عن المقر به واقر بكونه ملكاً للمقر قبل الأقرار] ويأمر الحاكم حالاً بتسليم الأشياء المقر بها الى المقر له وللمقر له اخذها قضاء لا ديانة ما لم تكن هذه الأموال ملكه في الحقيقة وقد انتقلت له ببيع او ارث او هبة وتسليم لأن الأقرار الكاذب لا يجعل المقر له مانكاً للمقر به ديانة فأذا أقر الرجل بأن جميع ما في داره من الأشياء هي الى زوجته وكانت تلك الأشياء له لا لزوجه لا يعمل بأقراره هذا ديانة لأن الأقرار اخبار لا انشاء .

[مثلاً لو قال احد ان كافة أموالى وأشياي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد وهب جميع أمواله وأشياؤه لذلك ويلزم التسليم والقبض] لأن الأقرار لا يكون سبباً للملك مادة ١٦٢٨ [وان قال ان كافة الأموال والأشياء التي نسبت الي ، ما عدا ثيابي التي علي ، هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفي ملكه عن كافة الأموال والأشياء المنسوبة اليه يعني التي قيل أنها له ما عدا ثيابه التي عليه واقر بكونها لذلك] ولا يكون الأقرار على هذا الوجه أقراراً بالمجهول ونقبل فيه الدعوى والشهادة على سبيل العموم ولو كان الشاهد لا يعرف عدد الأشياء المقر بها .

[ولكن لو ملك أشياء بعد أقراره هذا لا يكون أقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء] واذا اختلف المقر والمقر له بكون تلك الأشياء موجودة عند الأقرار او امتلكت بعد الأقرار فالقول قول المقر والبيئة للمقر له .

[كذلك لو قال ان كافة أموالى وأشياي التي في دكاني هذا هي لأبني الكبير وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب في ذلك الوقت جميع أشياءه وأمواله التي هي في الدكان لأبنه الكبير ولذلك يلزم التسليم]

اما لو اقر لأبنه الصغير على ما جاء في هذا المثال يكون قد وهبه ذلك وفقاً للمادة (٨٥١) والهبة للصغير من وليه لا تحتاج الى التسليم ولا فرق بينها وبين نفي الملك .

[وان قال ان جميع هذه الأشياء والأموال التي هي في دكاتي هذا لأبني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد نفي الملك عن نفسه واثبتته لأبني الكبير بأقراره عن جميع الأموال والأشياء الموجودة في ذلك الحانوت ولكن لو وضع بعد ذلك أشياء أخرى في ذلك الدكان لا يكون أقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء] ولا يعتبر قوله دكاني مانعاً لاعتبار الأقرار اخبار لأن الأضافة هنا اضافة نسبة لا اضافة ملك .

[وكذلك لو قال احد ان حانوتي الذي هو في المحل الفلاني هو لزوجتي يكون قد وهبه لها وبلزم التسليم وان قال ان الدكان الفلاني الذي نسب الي هو لزوجتي يكون ذلك الحانوت لزوجته قبل الأقرار ويكون قد اقر بأن الدكان ليس بملكه] .

مادة ١٥٩٢ [اذا قال احد في حق الدكان الذي هو في يده وتصرفه بسند انه ملك فلان وليس لي فيه علاقة والاسم المحرر في الوثيقة هو مستعار او قال في حق دكان مملوك اشتراه من آخر انني كنت قد اشتريته لفلان والدرهم التي أعطيتها ثمناً هي ماله ايضاً والاسم المحرر في السند قيد مستعاراً يكون قد اقر بأن الدكان ملك ذلك في نفس الأمر] .

واعلم بأن المقرر اما ان يقول ان هذه الدكان لفلان واما ان يقول ان هذه الدكان لفلان لا علاقة لي بها واما ان يقول ان هذه الدكان لفلان لا علاقة لي بها واسمي في سندها مستعار كل ذلك أقرار ينطبق على ما جاء في هذه المادة . اما اذا قال ان دكاني هذه لفلان واسمي بسندها مستعار فيكون أقراره منطبقاً على ما سيأتي في المادة (١٥٩٣) .

مادة ١٥٩٣ [اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا قرشاً وان كان قد تحرر بأسمي الا انه هو لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار فيكون قد اقر بأن المبلغ المذكور في نفس الأمر هو حق لذلك] .

وكذا الحكم بالوديعة والأقرار بها فحق قبضها للمقر . وكذا الوكيل اذا باع المبيع بالوكالة كان القبض له دون الموكل وللمقر قبض المقر به وتسليمه للمقر له واذا سلم المديون الدين والوديع الوديعة الى المقر برئت ذمته .

ويكون الأقرار على ما جاء في هذه المادة بأحدي الصور الوارد ذكرها في المادة السابقة فلو قال الدائن ان الدين الذي بذمة فلان هو لفلان او قال ان الدين الذي بذمة فلان هو لفلان واسمي بالسند مستعار ولا حق لي به يكون قد اقر له بذلك ولو كان المقر هو الذي اقرض المدين وسلمه المال لانت الانسان يمكنه ان يدين غيره بالوكالة والوصايا . اما لو قال ان ديني الذي هو على فلان لفلان يكون قوله هذا هبة تحتاج الى القبض وتعتبر فيها القيود الوارد ذكرها في المادة ٨٤٨ . بناءً عليه اذا قالت الزوجة ان مهري الثابت لي بذمة زوجي هو لفلان فلا حكم لهذا الاقرار ولو صدقها المقر له به ولها وحدها ابراء زوجها منه دون المقر له لأن اضافة الملك في هذا الاقرار ظاهرة ومهر الزوجة لا يكون لغيرها فهذا الاقرار لا يكون هبة بدون تسليط على القبض اما لو قال ان ديني الذي هو بذمة فلان الى فلان واسمي في السند مستعار يعتبر اقراره لان عبارة اسمي مستعار تجعل الاضافة اضافة نسبية لا اضافة ملك .

مادة ١٥٩٤ [اذا كان احد قد نفي الملك بأقراره على ما ذكر واقر بكون اسمه مستعاراً في حال صحته فيكون اقراره معتبراً ويلزمه في حال حياته وتلزم به ورثته بعد مماته] ولو كان ما اقر به محيطاً بجميع امواله لأن المدين اذا كان حياً يكون حق ورثته وحق دائنيه ثابتاً في ذمته لا في ماله ولا يعتبر محجوراً لمجرد الدين عليه .

[ولكن لو اقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي] :
واذا اختلفا بوقوع الاقرار في حال الصحة او في حال المرض فالقول قول مدعي الاقرار في حال المرض فتحلف الورثة اليمين على ذلك .

❖ الفصل الثالث ❖

(في بيان اقرار المريض)

ان المجلة جعلت فصلاً مخصوصاً لأقرار المريض لأنه يحتوي على بعض الاحكام التي لا توجد في اقرار الصحيح فالمرض عرض يعرض على المريض واهليته فلا ينافي اهليته ببعض الامور كما ولأنه لا ينافي اهليته بحق العبادات لذلك يعتبر بحق المريض احكام النكاح مهر المثل والطلاق وسائر العبادات الا ان المرض لما كان مؤدياً الى الموت والموت يوجب ان تكون الورثة والغرماء خلفاً الى المريض كان المرض موجباً لأعتبار المريض مجبوراً الا ان هذا الحجر معتبر بقدر ما يحفظ به حق الوارث والغريم ويثبت هذا الحجر بوفاة المريض من مرضه فيعتبر تصرف المريض في الحال الحاضر ويفسخ بعد وفاته لأن عدم الأهلية لا يتحقق الا بعد الوفاة من المرض الواقع التصرف فيه .

فمن تصرفات المريض البيع والهبة والأقرار والأجارة والكفالة والرهن وهذه التصرفات مباحة عنها في المواد ٣٩٣ و٨٧٧ و٤٤٤ و٦٢٨ و٧٠٨ من المجلة أما المريض المقر المتوفي اما ان يتوفي بدون وارث وأما ان يكون وارثه زوج أو زوجة أو ابن أو اب أو لم أو خال أو خالة والحكم في ذلك يختلف عن بعضه بعضاً كما سيأتي تفصيل ذلك .

ولا تعتبر ثلاثة أنواع اقرار المريض في مرض موته الأول اقراره بالدين للوارث الثاني اقراره بأستيفاء دينه ومهره المضمون من الوارث الثالث اقراره بأستيفاء دين مكفوله من وارثه لان هذا الاقرار نافع للوارث والمريض ممنوع منه .

مادة ١٥٩٥ [مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور] كذهاب المدرس الى درسه والتاجر الى دكانه والعامل الى عمله [ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الأنثى] كطبخ الطعام وغسل الثياب [وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كلن او لم يكن] .

المريض هو من كان غالب حاله هلاك سواء كان سبب الهلاك المرض او غيره فالجاني الذي يخرج الى الاعدام والشخص المبارز والذي غرقت فيه السفينة وبقي على خشبة في وسط البحر والذي افترسه السبع وبقي في فمه هو في حكم المريض فلا يعتبر اقراره لوارثه ولا لاجنبي بما يزيد عن ثلث ماله المتترك . اما المحصور في القلعة من العدو لا يعتبر مريضاً مرض الموت لا مكان النجاة في اكثر الاوقات .

[وان امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح] لأن الانسان لا يخلو من الأمراض [ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت] .

مادة ١٥٩٦ [اقرار من لم يكن له وارث سوى زوجة او امرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الميرت يعتبره انه نوع وصية] .
وقد خصص واضع القانون هذه الفقرة بمن لم يكن له وارث او بمن كان وارثه زوجاً او زوجة فقط لان الزوج والزوجة لا يرد عليهما ونصيبهما من الارث معلوم اما باقي الورثة فلا فائدة من الاقرار لهم لان الميرث اذا كان له اب او ابن او اخ فقط واقرب له بشيء فلا محل لاعتبار اقراره لانه يرث ما تركه المتوفي اما اذا كان لميرث زوجة فقط يعتبر اقراره لها وصية .
[فإذا نفى المالك من لا وارث له في مرض موته عن جميع امراله واقربها لغيره فيصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتكرهه بعد وفاته] .

لان بيت المال يضع يده على تركه من لا وارث له لا يحسب الارث بل يحسب كون المال بقي بلا صاحب لذلك فليس لبيت المال ان يعارض بالوصية والحياة . وكذا اذا اوصى من لا وارث له الا زوجته بجميع ماله الى اجنبي ترث الزوجة سدس التركة والباقي الى الموصي له .

[كذلك لو نفى المالك عن جميع امواله في مرض موته من لا وارث له سوى

زوجته واقربه لها او لو نفث من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع اموالها واقربت بها له يصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركة احدهما بعد الوفاة [لان عدم صحة الاقرار للوارث ناشئ عن حرمان الوارث الآخر من ارثه فإذا كان لا وارث للمتوفي الا المقر له فلا فائدة من الأُدعاء بهذا الحرمان .

مادة ١٥٩٧ [لو اقر احد حال مرضه بمال لأحد ورثته وافاق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره هذا معتبراً] .

اما لو اوصى لاحد ورثته بمال مرضه ثم افاق من المرض و بعد ذلك عاد له مرضه ومات منه تبطل الوصية لذلك فكلمة اقرار الواردة في هذه المادة هي احترازية يحترز بها من الوصية مادة ١٥٩٨ [اذا اقر احد بمرض موته بعين او دين لاحد ورثته ثم مات فيكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة] .

سواء كان المقر مديناً او غير مدين وقد جاء في الحديث الشريف « ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصيه لوارث » ولأن حق الورثة متعلق بمال الميت بعد وفاته فإذا خصص المورث بعضهم بمال يكون قد تجاوز على حق الآخرين ويكون بعمله هذا سبب النفاق والشقاق والنزاع بين ورثته وهذا لا يجوز .

وكذا يعتبر اقرار المريض لغير وارثه بثلاث ماله ولوارثه بكل المال اذا كان لا وارث له سواء الا اذا اقر المريض الى حفيده بمال وتوفي المقر له قبل المقر وورثه ابوه وهو ابن الماز واحد ورثته صح الاقرار وكذا اذا اقر لاجنبي ومات الاجنبي ثبل المقر وورثه احد ورثة المقر صح الاقرار لانه لم يقع لوارث حين الاقرار .

[فأن اجازوه كان معتبراً والا فلا] لان عدم صحة الاقرار للوارث لا لكون الوارث ليس بمحل للاقرار بل لتعلق باقي الورثة بالمقر به ولذلك اذا اجاز الورثة يكون قد زال المانع وعاد الممنوع ولا فائدة من ندامة الورثة بعد الأجازة درجوعهم عنها . ولا عبرة لأجازة باقي الورثة اذا وقعت حال حياة المقر لأن حقهم لا يتعلق بالمال الموروث الا بعد وفاة المورث .

واذا اقر المريض لوارث واجنبي لا يعتبر اقراره لكليهما عند الامام الأعظم لأنه اقر بمال موصوف بصفة فإذا بطلت الصفة بطل الأصل كما لو تصادق المقر لها ام لم يتصادقا (تكملة)
لذلك اذا اقر المقر في مرض موته لأحد ورثته ولاجنبي لا يعتبر اقراره سواء تصادقا المقر لها بالتركة ام لم يتصادقا وانكر الأجنبي شرعته للوارث.

[ولكن اذا كان قد صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم ويكون ذلك الاقرار معتبرا].

وكذا اذا اقر المورث بقبض دينه من احد ورثته وصادق باقي الورثة على هذا القبض لا يجوز لهم الرجوع عن تصديقهم بخلاف الوصية بما زاد عن الثلث حيث لا تنفذ الا بأجازة الورثة بعد موت الموصي (تكملة).

[والىضا الأقرار للوارث بالأمانة] اي بأمانته التي له عند وارثه او بالوديعة [صحيح على كل حال] سواء صادق باقي الورثة على ذلك ام لم يصادقوا. وكذا الاقرار

للاولاد بالمضاربة. ولا يصح اقراره بأمانة وورثة عنده [وهو انه اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد قبض أمانته التي هي عند وارثه او اقر بكونه قد استهلك أمانة وارثه المعلومه التي اودعها عنده يصح اقراره] لان الوارث لو ادعى برد الأمانة لمورثه وانكر باقي الورثة عليه دعواه هذه يصدق بقوله ولا يقال بأن المورث قد اوصل لأحد الورثة نفعا بأقراره هذا.

وكذا اقرار المريض باستهلاك أمانة مورثه يعتبر مطلقا لأن المريض اذا مات يكون قد مات مجهلا وللوارث صاحب الأمانة ان يطلب مثل الأمانة او قيمتها من تركة مورثه فلا فائدة من تصديق الورثة او انكارهم هذا الاقرار.

[مثلا لو اقر في مرض موته بقوله اخذت وقبضت أمانتي التي اودعتها عند ابني يصح اقراره ويكون معتبرا]. وكذا لو قال ان ابني فلانا اخذ طلبي الذي هو على فلان بالوكالة وسلمه الي يكون معتبرا. وكذلك لو قال قد بعثت خاتم الالماس الذي

كان وديعة او عارية عندي لأبني فلان وقيمتها خمسة الاف قرش وصرفت ثمنه في اموري واستهلكته يكون اقراره معتبراً ويلزمه تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة [لا ثمنه الذي باعه فيه .

ويشترط في ذلك ان تكون الامانة معلومة ومثبتة بالبينه فإذا كانت غير معلومة لا يعتبر اقرار المريض بأستهلاكها . اما كلمة امانة فهي قيد احترازي يحتز به من الغضب والدين والزهن فلا يصح اقرار المريض في مرض موته بأنه قبض قيمة المغصوب او المرهون او الدين من وارثه واذا اقر المريض بمهر زوجته يعتبر اقراره بمقدار مهر المثل لان وجوب مهر المثل هو من جهة حكم صحة النكاح لا من سبب اقرار المريض ولذا فإذا اقر الزوج بما يزيد عن مهر المثل يبطل اقراره . ويعتبر الاقرار بصورة النفي ويجوز قضاء كقول المقر لا حق لي على فلان الوارث فيعتبر هذا الاقرار بدون اجازة باقي الورثة . وكذا قول الزوجة المريضة في مرض الموت لا حق لي قبل زوجي من مهري فإنه صحيح ولا يحتاج لاجازة الورثة .

مادة ١٥٩٩ [المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثاً للمريض

في وقت وفاته] لا الذي كان وارثاً وقت اقراره . فالأقرار لمن كان وارثاً وقت الاقرار وغير وارث وقت الوفاة جائز كن اقر لاخيه الوارث ثم تولد له ولد ومكن اقر لزوجته وتوفيت قبله او لابنه فتوفي قبله . والاقرار لمن كان وارثاً وقت الاقرار ووقت الوفاة وهذا ينقسم الى قسمين القسم الاول هو الوارث الذي يكون وارثاً حين الاقرار وحين الوفاة ولا ينقطع عنه الارث مطلقاً والقسم الثاني هو الذي يكون وارثاً حين الاقرار والوفاة لكنه يخرج من كونه وارثاً بين التاريخين كالمرضى الذي اقر لزوجته ثم ابانها من عصمته ثم تزوج بها وتوفي او اذا اقر لاحد اشقائه حينما كان لاولد له ثم تولد ولد ومات المقر بعده فالأقرار للقسم الاول غير صحيح بالاتفاق والاقرار للقسم الثاني غير صحيح عند ابي يوسف للتهمة وصحيح عند محمد لان السبب الذي كان موجوداً وقت الاقرار قد زال بعد ذلك .

واما ان يكون المقر له غير وارث وقت الافوار والوفاة وحكم ذلك قد مر في المادة ١٥٩٦ من المجلة .

واما ان يكون المقر غير وارث وقت الاقرار ووارث وقت الوفاة فأذا كان ارث المقر له وقت الوفاة حاصل من سبب موجود وقت الافرار فالأقرار غير صحيح واذا حصل الارث من سبب جديد فالأقرار صحيح كما سيأتي تفصيل ذلك في الفقرات الآتية :

[واما الوراثه الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعة لصحة الأقرار كما انه اذا اقر احد بمال لأمرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات فيكون اقراره نافذاً واما الأقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً مثلاً لو اقر من له ابن بمال لاخوانه من ابويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون أقراره نافذاً لما ان اخاه يرثه من حيث كونه اخاً له .
الأن الاخ كان محجوباً بالابن فلما مات الابن زال الحجب وورث الاخ بسبب كان موجوداً وقت الاقرار واما في الاجنبية فسبب الارث ثبت بعد الافرار ولا يمكن استناد الحجر الى ما قبل العلة (تكملة) .

وكذا اذا اقر المسلم بدين في مرض موته لاخته غير المسلم ثم اسلم الاخ ومات المريض فلا يصح الاقرار لان الاخوة وهي سبب الارث موجودة حين الافرار . وكذا اذا اقر الاجنبي بدين ثم ثبت نسب المقر له للمقر ومات المقر وكان امقر له وارثاً له بطل الاقرار .

مادة ١٦٠٠ [اقرار المريض حال كونه في مرض موته بالأسناد الى زمان الصحة في حكم الأقرار في زمن المرض فلو اقر احد حال كونه في مرض موته بأنه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان صحته لا ينفذ اقراره ما لم يحوزه باقي الورثة . كذلك لو اقر احد بأنه كان قد وهب ماله للفلاي لفلان الذي هو من ورثته وكان سله اياه لا ينفذ اقراره ما لم يثبت بينة او يحوزه باقي الورثة] .

فأذا اقر في مرض موته بأنه كان قبل خمس سنوات باع دابته لولده وقبض ثمنها منه او انه استوفى مطلوبه من ولده قبل عدة سنوات لا يعتبر اقراره هذا الا اذا اثبت ابنه الدفع او اجازة

بأبي الورثة وهذا يخالف الاقرار للأجنبي على ما ورد في هذه المادة فأن ذلك ينطبق على ما سيأتي في المادة ١٦٠٣ من هذا الكتاب .

مادة ١٦٠١ اقرار قسمان القسم الاول اقرار بالحسبة اي الاقرار بالحقيقة مثلاً [اقرار المريض بعين او دين لأجنبي اي لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح وان احاط بجميع امواله] استحساناً لأن المقتضي بالأقرار موجود والمانع مفقود فالمقتضي هو حرية الإنسان بالتصرف في امواله والمانع هو عدم وجود تهمة الارث بين المقر والمقر له ووجهه ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لأن فيه تفريغ ذمة الميت ورفع الحائل بينه وبين الله فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه لان شرط تعلق حقهم بالأرث هو الفراغ من حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم ولائنه لو لم يقبل اقراره لا تمتنع الناس عن معاملته حذراً من ان يفسد عليهم طريق التجارة والمدانة والقياس ان لا يصح اقراره الا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا من الثلث وكذلك الحكم بالأقرار فإنه لا ينفذ الا من الثلث .

واعلم بأن هذه المادة لتفزع عن كون الأقرار اخباراً لا انشاءً لما جاز بجميع المال لأنه تمليك ويجب ان يكون المقر غير مدين بدين الصحة لتعلق حق الغرماء بماله وليس للمدين بدين الصحة ان يقر بعين في يده لغيره .

اما كلمة الأجنبي الوارد ذكرها في هذه المادة هي مقابلة للوارث فتشمل ابن الأبن اذا كان للميت المقر ابناً وتشمل الزوجة الذمية اذ يجوز الاقرار لها بجميع المال ويجوز الايضاء لها لانها ليست بوارثة وقت الوفاة .

واذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بطلبها طلاقاً بائناً واقر لها بدين وتوفي قبل ان تنقضي عدتها تعطى الزوجة الأقل من المقر به او الارث وهذا العطاء هو بحكم الاقرار لا بحكم الارث واذا كانت قد انقضت عدتها يعتبر الاقرار لها . اما اذا طلق زوجته بدون طلب منها في مرض موته واقر لها بدين او بعين ومات قبل ان تنقضي عدتها لا يعتبر اقراره .

القسم الثاني الاقرار بالأبتهاء فهذا وان كان اقراراً من حيث الظاهر والصورة الا انه في

الحقيقة تمليك وهبة او وصية فلذا اذا حمل على الهبة يجب تسليمه واذا حمل على الوصية لا يجب تسليمه كما سيأتي ذلك بالفقرات الآتية :

[ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك المقر به بسبب في وقت الأقرار او انتقل اليه ارثاً او هبة او اشتراه في ذلك الوقت ينظر على هذا الحال الى ان الأقرار هل كان في مذاكرة الوصية ام لا فإن كان ليس في اثناء مذاكرتها يكون بمعنى الهبة ويلزم التسليم وان كان في اثناء مذاكرتها يحمل على معنى الوصية وعلى كلتا الحالتين لا يعتبر اقراره الا من ثلث ماله] واذا أعتبر الاقرار هبة ومات المقر قبل التسليم بطل الاقرار .

واذا كان الأقرار واقعاً اثناء البحث في الوصية واقر المريض في مرض الموت بمال لابنه ثم توفي ابوه قبله يعتبر اقرار المقر كالأقرار المبتدأ .

وكذا اذا اقر المقر في مرض موته ببيع جميع منقولاته من اجنبي وقبض ثمنها ومات بمرضه صح اقراره بالبيع واعتبر اقراره بقبض ثلث الثمن فقط .

مادة ١٦٠٢ [ديون الصحة مقدمة على ديون المرض] .

لأن المدينين محجور من الاقرار بالدين اذا كانت ذمته مشغولة بدين الصحة ولان اقرار المريض ضعيف كجسمه . وكذا ديون المرض مقدمة على الارث لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فيفرغ ذمة الميت ويرفع الحائل ما بينه وما بين المكافاة الاخرى فديون الصحة سواء كانت ناتجة عن اسباب معروفة او كانت ثابتة بالبينة او ثابتة بأقرار المقر حال صحته وسواء كان المقر له وارثاً او اجنبياً .

ويتساوى الدائنون في الاقرار بحال الصحة سواء وقع الاقرار لهم دفعة واحدة او بأزمرة متعددة . وكذا الحكم في ديون المرض . (١)

(١) هذا الحكم لا ينطبق على الديون التي وقع الحجز الاحتياطي او الأجنبي من اجلها لأن تلك الديون يعتبر فيها الاقدم تاريخاً على ما جاء في المادة ١٢٣ من قانون الاجراء خوفاً من تهمة المواطئة بين المدين ودائنيه كما سيري ذلك مفصلاً في قانونه الخاص . هـ

واذا اقر المريض اولاً بدين ثم بوديعة يعتبر الاقراران منساويان لأنه اذا اقر بالدين تعلق حق الغريم في المال الذي في يده ثم لما اقر بوديعة المال الموجود بيده يكون قد اراد اسقاط حق الغريم فلا يصدق بقوله ولما كان اقراره بوديعة يتعذر تسليمها هو مساوٍ للاقرار بالدين فقد اعتبر الاقراران منساويان . الا اذا اقر اولاً بالوديعة ثم بالدين يكون صاحب الوديعة اولى من صاحب الدين لأن الاقرار بالدين لا يتعلق في مال الغير المودوع الذي وقع الاقرار به . وكذا اقراره في مال في يده انه بضاعة او مضاربة مساوٍ حكماً للاقرار بالوديعة .

[يعني تقدم الديون التي تعلقت بذمة من كانت تركته غريبة في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته في مرض موته بأقراره] .

وقد اشير الى لزوم كون الديون مستغرقة للتركة وكون الدائنين متعددين فأذا كان الحق المتعلق بالتركة هو حق العبد فيصرف على الميت ما يحتاجه للتجهيز والتكفين ثم ما يبقى يدفع الى الدائن اذا كان واحداً واذا زاد له شيء من مطلوبه ان شاء تركه وان شاء طالب به في الدار الآخرة واذا تعدد الدائنون تقسم بينهم الديون قسمة غرماء .

[وهو انه تستوفى ديون الصحة من تركة المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة اي اسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الاقرار كالشراء والأستقراض واتلاف مال فهي في حكم ديون الصحة] . لعدم وجود التهمة بالأقرار في مثل هذه الأحوال ويكفي لذلك علم الناس ولا يحتاج الى علم القاضي .

ومع ذلك فإن ديون المرض تنقسم الى قسمين الأول الديون الممتازة وهي الديون التي اذا قبضها الدائن لا يشارك فيها صاحب دين الصحة كبذل المقرض والمبيع واجرة السكن وثمن الملابس وثمن الأدوية واجرة الطبيب . والثاني الديون الغير الممتازة وهي الديون التي اذا قبضها صاحبها يشارك بها صاحب دين الصحة كهر الزوجة .

وكذا ثمن المبيع الذي اشتراه المريض في حال مرضه واستلمه بمعاينة الناس والشهود هو

بحكم ديون الصحة . وكذا مهر المثل في النكاح الواقع في مرض الموت اذا كان بمشاهدة الشهود لان النكاح وضع في الاصل لمصالح المعيشة والحياة .

[واذا كان المقر به شيئاً من الأعيان فحكمه على هذا المنوال ايضاً يعني اذا اقر احد لا جنبي بأي شيء كاد في مرض موته فلا يستحقه المقر ما لم تؤدى ديون الصحة او الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمّت بأسباب معروفة كما ذكر آنفاً]

مادة ١٦٠٣ [اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمة اجنبي فينظر ان كان هذا الدين قد تعلق بذمة الأجنبي حال المرض] ببيع او ايجار او قرض [يصح اقراره ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة] اذا لم يصدقوا هذا الاقرار بناءً عليه اذا باع المريض في مرض موته ماله من اجنبي واقرب قبض ثمنه لا ينفذ اقراره في حق غير مال الصحة ويقال للمشتري اد الثمن مرة اخرى او انقض البيع ان كان المبيع قائماً في يد المشتري او في يد البائع الا اذا عرف تلف المبيع قبل مرض البائع . ولو عرف ان البيع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن او لم يكن واذا اقر في مرض موته انه باع ماله من فلان وقبض ثمنه في صحته وصدقه المشتري فيه صدق في البيع لا في قبض الثمن الا في الثلث (بزايه) .

الا اذا كان ما يطلبه المريض مهراً او بدل الصالح من دم العمد يعتبر الاقرار فيه نافذاً بدون تصديق غرماء الصحة لان المهر وبدل الصالح لا يعتبران بدل مال فأذا اقرت المرأة في حال مرضها بأنها زوجت نفسها من رجل وقبضت مهرها ينفذ اقرارها بحق الدائنين الغرماء [وان كان تعلق في حال الصحة فيصح على كل حال يعني سواء كانت عليه ديون صحة او لم تكن]

والفرق بين هاتين الفقرتين ظاهر لان ديون الصحة تعلق بذمة المدين لا في ماله وعند مرضه . فتعلق ديونه بماله والمال هو الاعيان لا الديون لذلك فالديون التي يقرضها المدين حال صحته واثمان المبيع لا تعلق بدائني الصحة اما اثمان يبيعه في حال مرضه فتعلق بالتركة وتؤثر

على الدائنين لذلك فأقرار المريض بقبض مطالبه التي تعلقت في حال المرض لا ينفذ واقراره بقبض مطالبه التي تعلقت في حال الصحة ينفذ .

[مثلاً لو اقر المريض حال مرضه بأنه قبض ثمن المال الذي باعه في ذلك الحال يصح اقراره ولكن ان كان له غرماء صحة فلهم ان لا يعتبروا هذا الاقرار] .

ولغرماء الصحة استيفاء مطلوبهم واذا كانت التركة وافية لاداء ديون الصحة لا يطالب الاجنبي بالثمن واذا كانت التركة لا تكفي يطالب به ويدفعه (على زعمه) مرة ثانية واذا تمتع من الدفع ينقض البيع ويسترد المبيع منه عند الامام الثاني .

[وان باع مالاً في حال صحته واقر بقبض ثمنه في مرض موته يصح على كل حال . وان كان له غرماء صحة فليس لهم ان يقولوا لا نعتبر هذا الاقرار] .

مادة ٤ ١٦ [ليس لاحد ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض موته وببطل حقوق باقيهم] . ولو كان ما دفعه مهراً او بدل ايجار لان حق الغرماء يتعلق في مال المدين الموجود في يده واذا كانت التركة الباقية تفي بالديون يكون قد استوفى القابض مطلوبه . واذا اختلف الغرماء والقابض في وقت القبض فقال الغرماء ان القبض كان في المرض وادعى القابض وقوعه في حال الصحة فأذا كانت ما قبضه موجوداً في يده شاركه الغرماء انظر المادة ١١٠ واذا كان هالكاً لا يشاركه بشيء لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لايجاب الضمان حال قيام المقبوض فهو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً لميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرماء الى ايجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم (خاتمه) .

[ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه] اذا كان اشتراه بثن المثل والا يعتبر الزائد عن ثمن المثل وصية [او القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً] ويجب أن يثبت ثمن المبيع والقرض بالبينة لا بالاقرار نفياً للتهمة . والسبب في اعتبار هذا الاقرار هو

ان المريض وأن كان قد دفع مالا للمبيع الا أنه ادخل على التركة مبيعاً بأخذه الغرماء بعد وفاته .

أما عبارة (له أن يؤدي ثمن المال الذي أشتراه) الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي لان المريض اذا توفي قبل الاداء يدخل البائع بقسمة الغرماء .

وكذا عبارة الاستقراض والشرء الواردة في هذه المادة هي قيود احترازية لان المريض اذا تزوج في حال مرضه ودفع المهر او استأجر داراً ودفع اجرتها وتوفي بعد ذلك فللغرماء مشاركة الزوجة والمؤجر بما قبضوه لأن ما يحصل من النكاح وسكنى الدار لا يفيد الدائنين وهو مبطل لحقوقهم .

مادة ١٦٠٥ [الكفالة بالمال في هذا المبحث هي في حكم الدين الأصلي بناءً عليه لو تكفل احد دين وارثه في مرض موته لا يكون نافذاً] الا اذا اجاز الورثة ذلك [واذا كفل للاجنبي فيعتبر من ثلث ماله] وأذا كفل في حال صحته يعتبر من جميع ماله الا اذا كان دينه محيطاً بماله فتبطل كفالته ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحيط فأن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الدين .

[واما اذا اقر في مرض مرتبه بكونه قد كفل في حال صحته فيعتبر اقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة ان وجدت] .
الخلاصة كفالة المريض تكون بأحدى الوجوه الثلاثة :

الوجه الاول : اذا كفل في حال صحته كفالة معلقة بالسبب ووقع السبب في حال المرض كالريض اذا قال انا كفلت ما يثبت لك بذمة فلان او ما نقرضه الى فلان ثم مرض الكفيل وثبت دين المدين او استقرض مبلغاً صحت الكفالة وكان الدين كدين الصحة .

الوجه الثاني : اخبار المريض في مرضه بكفالة وقعت منه حال صحته فالكفالة كدين المرض ولا تقاوم دين الصحة .

الوجه الثالث : انشاء المريض الكفالة في مرض موته فتعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا .

خلاصة الباب الثالث

احكام الأقرار

الحكم الاول — المرء مؤاخذ بأقراره الذي لا يكذبه الشرع لذلك لا عذر لمن اقر ولا يجوز الرجوع عن الاقرار في حق العباد ، واذا كان كلام المقر اقراراً ودعوى يعتبر أقراره ويجب اثبات الدعوى بالبينة . لا يعتبر الاقرار المكذب بحكم الحاكم . الاستثناء عن الأقرار لا يعتبر رجوعاً اذا كان المستثنى متصلاً بالمستثنى منه او كان مفصولاً ابتداءً او كان المستثنى بعض المستثنى منه او كان المستثنى من جنس المستثنى منه صورة او معنى او كان المستثنى منه متناولاً للفظ المستثنى .

الحكم الثاني — اذا أضاف المقر المقر به في اقراره لنفسه — يكون أقراره هبة — يجب تسليم المقر به لتام الاقرار . واذا لم يضيف المقر المقر به في اقراره لنفسه — يكون قد نفى ملكه من المقر به — فلا يجب تسليم المقر به لتام الأقرار ولا يشمل هذا الاقرار ما يملكه المقر بعد ذلك . الحكم الثالث — اذا ادعى المقر بأنه كاذب بأقراره يحلف المقر له بان المقر غير كاذب بأقراره ويمكن اثبات عدم الكذب بالبينة .

الحكم الرابع — المقر بنفي الملك في صحته والمقر بان اسمه مستعار يعتبر أقراره ويلزم فيه حال حياته ويلزم وارثه فيه بعد وفاته .

الحكم الخامس — أقرار المريض يعتبر في كل ماله اذا كان لا وارث له . وكذا اقرار الزوج لزوجته والزوجة لزوجها في حال المرض يعتبر في كل المال اذا كان لا وارث غيرهم . ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر في مرضه ثم صح وأفاق من المرض . ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا صادق على ذلك باقي الورثة وليس لهم الرجوع عن التصديق بعد وفاة المقر لان التصديق اقرار .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر لوارثه باسترداد امانته ولو لم يصادق على ذلك باقي الورثة لان الوارث اذا ادعى رد الأمانة يصدق بيمينه .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر لزوجته بهر المثل .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله قضاءً اذا كان الاقرار بصورة النفي .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا أقر بطريق الأقرار وبالحكاية لأجنبي بجميع ماله او ببعضه اذا كان لا يعلم بأن ما اقر به هو له .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا أقر بقبض ماله عند الأجنبي من المطلوب الذي تعلق في ذمة الاجنبي في مرض الموت بصح أقراره ولا يكون نافذاً بحق الغرماء واذا كان الدين تعلق في ذمة الاجنبي في صحة المقر صح الاقرار ونفذ .

ولا يكون أقراره معتبراً اذا اقر لوارث بعين او بدين في مرض موته ولم يخزه الورثة بعد وفاته . ولو اسنده الى حال صحته . الاقرار بالابتداء هو هبة فلا يجوز بدون التسليم .

القصد من الوارث الوارد ذكره في بحث اقرار المريض هو الوارث في وقت وفاة المقر .

اذا كان المقر له وارثاً وقت الاقرار وغير وارث وقت الوفاة فالأقرار جائز .

اذا كان المقر له وارثاً وقت الاقرار ووقت الوفاة فأذا كان لم يخرج من الارث فالأقرار

صحیح واذا كان يخرج من الارث فالأقرار غير صحيح عند ابي يوسف وصحيح عند محمد .

حكم ما اذا كان المقر له غير وارث وقت الاقرار وحين الوفاة .

واذا كان المقر له غير وارث وقت الاقرار ووارث حين الوفاة فأذا كانت الوراثية ناشئة عن

سبب موجود وقت الاقرار فالأقرار غير صحيح واذا كانت الوراثية ناشئة عن سبب غير موجود

وقت الاقرار فالأقرار صحيح .



« الباب الرابع »

(في بيان الأقرار بالكتابة)

الخط في زماننا أصبح من أهم حوائج الإنسان وأعظمها من الأمور التي يعول عليها في كثير من المعاملات لذلك لا بد لنا من اعتبار أصليين مهمين في الأقرار الكتابي .

الأصل الأول — كل خط فيه شائبة التصنيع والتزوير لا يعتمد عليه ولا يتخذ مداراً للحكم عند النزاع وقد ورد في المادة (٦٠١) من المجلة « لا يعمل بالخط والسند اذا كانا غير خاليين من شائبة التصنيع والتزوير والشبهة » . وورد في المادة (١٧٣٦) بأن الخط والخطام لا يعمل بهما فقط وورد في المادة (١٧٣٩) من المجلة بأن الوقفية لا يعمل بها مجردة — اي غير مسجلة — وورد في قانون اصول المحاكمات الشرعية ما يؤيد ذلك .

الأصل الثاني — يعمل بالخط السالم من شائبة التصنيع والتزوير وقد جاء في المادة (١٧٣٩) وجوب العمل بكتاب الوقف المسجل بسجل القاضي وجاء في المادة (١٧٣٨) لزوم اعتبار سجلات القاضي اذا كانت سالمة من الحيلة والفساد . وجاء في المادة (١٧٣٧) لزوم العمل بالبرآآت السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني وجاء في المادة (١٦٠٨) لزوم اعتبار ما جاء بقيود التجار ودفاترهم — حجة عليهم لا لهم — كما هو النص ايضاً بقانون التجارة البرية .

مادة ١٦٠٦ [الأقرار بالكتابة كالأقرار باللسان] فيؤخذ انقر بالكتابة كالمقر بالخطابة سواء كان المقر بالكتابة ناطقاً او اخرساً وسواء كانت الكتابة بطلب الدائن او بدونه .

مادة ١٦٠٧ [امر احد آخر بأن يكتب أقراره هو أقرار حكماً] لا حقيقة لان الأمر انشاء والأقرار أخبار ولا اتحاد بينهما ولذا كان الأمر بالكتابة أقرار حكماً .
[بناءً عليه لو امر أحد كاتباً بقوله اكتب لي سنداً يحتوي أني مديون لفلان بكذا دراهم ووضع فيه امضاءه او ختمه يكون من قبيل الأقرار بالكتابة كالسند

الذي كتبه بخط يده [لأن قوله اكتب سنداً يحتوي افي مديون لفلان بكذا دراهم هو أقرار شفاهي تأيد بتوقيع السند الذي كتبه غيره بناءً على امره له وهذا التوقيع أقرار حكمي من قبيل الأقرار بالكتابة الذي يكتبه المديون بخط يده .

مادة ١٦٠٨ [القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الأقرار بالكتابة ايضاً] لأن التاجر يكتب عادة في دفتره ماله وماعليه صيانة عن النسيان ولا يكتب ذلك بقصد اللهو وتعلم الخط فيعتبر أقراره بدفتره حجة عليه ولو كان غير محرر بصورة توافق الرسم والعادة . ولا يعتبر ما كتبه حجة له لأنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف اذا كتبه . ولا يعتبر ما كتب في دفتر التاجر بغير خطه حجة عليه الا اذا ثبت بأنه كتبه بأمره فيكون عند ذلك حجة على ما جاء في المادة (١٦٠٧) .

[مثلاً لو كان احد التجار قد قيد] بخط يده [في دفتره انه مدين لفلان بمقدار كذا يكون قد اقر لذلك بدين مقدار ذلك و يكون معتبراً ومرعياً كأقراره الشفاهي عند الحاجة] ويؤخذ به هو وورثته من بعده . ولا يعتبر قيد التاجر والصراف في دفتره حجة له لما ذكرنا والأفتاء بصحة ذلك ضلال بين الا اذا كانت عبارة الدين مقيدة بخط المدين بدفتر الدائن فأنها تكون معتبرة . ويجب في كل الأحوال ان يكون الدفتر معتدلاً به والا اذا كان دفتر التاجر بيد كاتبه وحرر الكاتب فيه ماشاء بدون امر التاجر واذنه وانكر التاجر علمه لما جاء بالدفتر فلا تعتبر قيود الدفتر حجة عليه ايضاً لأمكان وجود شبهة التزوير في مثل هذه القيود .

مادة ١٦٠٩ [اذا كتب احد سنداً واستكتبه وأعطاه لأحد ممضياً او محتوماً فيكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي لأنه أقرار بالكتابة ان كان مرسوماً يعني ان كان ذلك السند كتب موافقاً للرسم والعادة والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل ايضاً] .

واعلم بأن الرسم والعادة في زماننا هو ان يحرر في السند اسم الدائن وشهرته ومقدار الدين

وتاريخ السند وان يكون موقعاً بأمضاء المدين او خاتمه وان يحرق بعلم المدين ولسان يقف عليه فأذا تحرر بغير لسانه يجب ان يتلى عليه ويفهم معناه والا يمكنه ان يدعي بأنه امضاء ولا يعلم مضمونه . ولا يخلو السند من احدى الصور الآتية وهي أولاً : ان يكون محرراً وممضى بخط المدين . ثانياً : ان يكون محرراً بغير خط المدين وموقعاً بأمضائه . ثالثاً : ان يكون محرراً بخط المدين ومختوماً بخاتمه . فهذه الصور الثلاث يعمل بالسند اذا كان خالياً من شائبة التزوير والتصنيع . رابعاً : ان يكون محرراً بخط غير المدين ومختوماً بخاتمه فهذا السند لا يعمل به الا اذا أقر المدين بالدين او بالخاتم وبفعل التختيم معاً لأن الخاتم لا يمكن للأنتان ان يحفظه ويمكن ان يتركه في داره فيستعمله اهله واقرباؤه ويمكن للحكك الذي حكمه ان يختم به عدة أسناد ولذا لا بد في مثل هذه الأسناد من أثبات فعل التختيم بالبينة لأن فعل التختيم والأقرار والأمر به شرط على ما جاء في المادة (١٦٠٧) حيث قالت « او ختمه » .

مادة ١٦١٠ [من كتب سنداً او استكتبه وأعطاه ممضياً او مختوماً اذا انكر الدين الذي حواه فلا يعتبر انكاره ويلزمه أداء ذلك الدين] .

لأنه اذا أقر بالخط والأمضاء يكون قد اقر بالدين وتعلقه بذمته ما لم يدع كذب الأقرار وكذا اذا تعامل اثنان مدة ثم تحاسبا وفضل لأحدهما بذمة الآخر مبلغاً حرره سنداً وقعه بأمضائه وخاتمه وأعطاه الى رفيقه ثم طالبه خصمه بالمبلغ بالأستناد الى السند فأقر بالخط والأمضاء وطلب رؤية المحاسبة مرة ثانية فلا يلتفت الى قوله هذا اذا لا عذر لمن اقر (تكلمة) . واذا كان السند غير مرسوم وفقاً للعرف والعادة كالكتابة على الشجر او على الجدران فلا يعمل به بدون اقرار بالدين او بدون اشهاد عند تحريره .

[واما اذا انكر كون السند له فلا يعتبر انكاره ان كان خطه او ختمه مشهوراً ومتعارفاً] وثبت ذلك بالبينة لا بعلم القاضي لأن علم القاضي لا يكفي للحكم .

[ويعمل بذلك السند وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض على اهل الخبرة فأن اخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر ذلك على اعطاء الدين المذكور] .

ولا تقبل شهادة التصاب على الشهرة لأن الشهرة لا تكون الا عند أكثر الناس وهذا لا يثبت الا بالتواتر اما وقد منع التواتر في زماننا بقرار من الحكومة فأصبح حكم هذه الفقرة معطل .
وقد اقتضت المجلة في مادتها هذه على الاستكتاب ويفهم من هذا انها حصرت تلك المعاملات بالأَمْضاء لا بالخاتم لأن الخاتم يمكن ان يكون خاتم من نسب له السند ولا يكون قد ختمه بيده واذا أردنا ان نقابل بين ما جاء في هذه المادة وبين ما ورد بقانون أصول المحاكمات الحقوقية نقول بأن المنسوب له السند اما ان يقر بالدين وبالأَمْضاء وبالخاتم واما ان ينكر فأذا أقر بالدين او بالأَمْضاء يحكم بأقراره واذا اقر بأن الخاتم ختمه وانكر فعل التختيم يكلف المدعي لاثبات ذلك بالبينه واذا اقر بالأَمْضاء والخاتم وادعى كذب الأقرار يحلف المدعي على ما جاء في المادة (١٥٨٩) واذا انكر الدين والأَمْضاء والخاتم تجري معاملة التطبيق بحق الأَمْضاء والخاتم ومعاملة الاستكتاب بحق الأَمْضاء وتسمع افادات الذين رأوا التوقيع او اشهدهم الموقع على نفسه حين تحرير السند اذا حصل شبهة للخبراء بصحة التوقيع على جاء في المادة (١٠٣) من قانون اصول المحاكمات الحقوقية المذكور . ولا يمكن اثبات الشهرة الوارد ذكرها في هذه المادة لما مر ذكره من منع سماع خبر التواتر .

[والحاصل يعمل بالسند ان كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنع واما اذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وانكر المدينون ككون السند له وانكر اصل الدين فيحلف بطلب المدعي على ان السند ليس له وانه ليس بمدين للمدعي] .
اي يحلف على الأمرين معاً واذا تمتع عن الحلف بأحد الأمرين يعتبر مقراً لان امتناعه عن الحلف بأنه ليس بمدين هو اقرار بالدين وامتناعه عن اليمين بان السند ليس له اقرار بالسند والأقرار بالسند اقرار بالدين .

مادة ١٦١١ [اذا أعطى احد سند دين حال كونه مرسوماً ثم توفي فيسلم ورثته بأيفائه من التركة ان كانوا معترفين بكون السند للمتوفى] .
ولا يجزوا على أدائه من ماله اذا كان لا تركة لليت واذا أقر البعض وانكر البعض الآخر يلزم المقر فقط بأداء مقدار حصته من الدين .

[واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه وختمه معروفين] .

مادة ١٦١٢ [اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة احد محرر عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي امانة فيأخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الى اثبات بوجه آخر] .

لأن من العادة ان لا يكتب الانسان على دراهمه بأنها لغيره فتعتبر كتابة الميت لو بدون امضائه . اما العمل بالمارقات اي بالأشارات الموضوعة على الأحمال والطرود فأنها تعتبر اذا كان المال بيد صاحب صاحب المارقة او بيد وكيله والخصم يكلف للأثبات . واذا كان الحمل ليس بيد احد يعتبر صاحبه من نقش اسمه او علامته عليه الا اذا أثبتته غيره بالبيينة .

تاريخ الارادة السلطانية في ٩ جمادى الاولى سنة ١٢٩٢

خلاصة الباب الرابع

الأقرار الكتابي

الأقرار الكتابي كالأقرار باللسان .

لا يعمل بالسند الا اذا كان سالماً من شوائب التصنيع والتزوير والشبهة . بناءً عليه اذا كتب المدين السند وأمضاه او أمضاه فقط او كتبه بخطه وختمه بخاتمه يعمل بمضمون السند . لا تسمع دعوى المدين اذا قال ان الخط خطي والدائن ليس بديني ولا يحلف الدائن . يكلف ورثة الميت المدين اذا كانوا معترفين بسنده المرسوم وفقاً للعرف والعادة وتؤخذ قيمة السند من تركته والا فلا .

اذا ظهر في صندوق الميت كيس دراهم محرر عليه بخط الميت بأنه لا آخر يعمل بأقراره ولو كان غير موقع عليه من الميت .

الخاتمة

فيما يتعلق بأحكام الصلح والأبراء والاقرار في القانونين الافرنسي والتركي والمقايضة بينهما وبين المحلة

عرّف القانون الافرنسي الصلح بأنه عقد يرفع النزاع الحاصل والذي سيحصل بالتراضي وينعقد بالمكتابة وهذا موافق لتعريف المحلة الا انه يشترط انعقاده خطأ لا شفاهاً وهذا من مقتضيات المدنية الحاضرة التي الجأت اجراء جميع العقود خطأ لعدم امكان اعتماد الشهادات . وقد أجاز هذا القانون عقد الصلح لكل من له اهلية ذلك واعطى هذا الحق للولي والوصي ضمن الحدود المعينة في المادتين (٤٦٧ و ٤٧٢) . وأجاز الصلح ايضاً عن الحقوق الشخصية انما صرح بأن هذا الصلح لا يؤثر على الحقوق العامة (راجع المواد ٢٠٤٤-٢٠٤٦) .

وقد اوجب هذا القانون اعتبار الصلح بين العاقدين في الخصوص الذي عقد من اجله سواء صرح بذلك او تبين هذا التخصيص من سياق عبارة الصلح وجريان المعاملة وقبل التعهد بالقيام بالضرر والخسار ممن لا يقوم بأحكام الصلح وهذا يوافق ما ورد في المادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية لان الصلح وان كان يتضمن اسقاط بعض الحقوق الا انه لا يخرج عن كونه مقاوله يجب احترامها واعتبارها من المتقاولين وان الشروط المتفق عليها بين اثنين يجب احترامها معها كانت كما هو مفهوم المادة الرابعة والستين المذكورة (راجع المواد ٢٠٤٧-٢٠٤٩) من القانون الافرنسي .

ومما هو جدير بالذكر ان الصلح عندنا لا يشمل غير المتصالحين ولو نص فيه شموله لغيرهما اذ ليس للإنسان ان يتصرف في ملك غيره بدون ولاية او وصاية .

ولا يسري الصلح على غير المتصالحين في القانون الافرنسي ايضاً (راجع المواد ٢٠٥٠-٢٠٥٢) وقد جوزت المادة (٢٠٥٣) من هذا القانون فسخ الصلح اذا وقع بالاكره او بحيلة او لسبب بذات الطرفين او خطأ في المصالح عنه . وكذلك المادة (٢٠٥٤) فقد جوزت فسخ الصلح اذا وقع على دعوى مبنية على باطل الا اذا كان الطرفان قد عقدا الصلح وهما يعلمان البطلان فيمتنع عليهم الفسخ لهذا السبب وهذا غير معقول لأن ما بني على الباطل فهو باطل ولأن الإنسان

وان كان حراً بالتصرف في ماله بدون معارض ولا منازع الا ان الصلح سواء كان معاوضة او تملك منفعة لا يحل من مقابل فأذا بطل أساسه بطل الصلح ايضاً وقد ايدت المادة (٢٠٥٥) رأينا هذا بقولها « ان الصلح المعقود على أوراق تبين تزويرها باطل » . فأذا بطل الصلح بسبب ثبوت تزوير الأوراق فمن الأولى بطلانه اذا ثبت البطلان في الدعوى . وقد أجازت المادة (٢٠٥٧) من هذا القانون فسخ الصلح اذا ظهر بعده اوراق مكتومة عند احد الطرفين تؤيد عدم صحته كما وان المادة (٢٠٥٨) أجازت طلب تصحيح السهو الحاصل في الحساب الذي بني عليه الصلح . ومن تدقيق هذه المواد والتأمل بها يتضح بأن كتاب الصلح في هذا القانون لا يختلف عن قانوننا المدني الا بامور قليلة ولذلك يمكننا ان نقول ان روح التشريع في كل منهما واحدة واذا علمنا ان الشرع الاسلامي مقدم على وضع القود نابوليون وان نابوليون بونابرت لم يضع قوانينه المعلومة الا بعد ان عاد من مصر وان التاريخ يذكر حوادث عن هذا الداهية كثيرة من حملتها اخذه القوانين الاسلامية عن علماء مصر على مذهب الأمام الشافعي اتضح عندنا ان هذا الاتفاق لم يكن اثر صدفة واننا ترك ما ينتج عن ذلك من البحث والاعتراضات والتكذيب والتصديق الى صحائف التاريخ وذمته غير اننا لا يسعنا الا ان نقول ان القانون المؤخر لا يكون أساساً لما سبقه من القوانين . ولا يسعنا الا ان نقول ان ماتضمنه هذا القانون من الأبحاث بحق الصلح هي ناقصة عن مثلها في قانوننا لأن المدقق المتصفح لا يرى في كتاب الصلح في القانون الأفرنسي شيئاً عن الصلح عن الدعوى وعن الدين وعن الحق والصلح عن الأقرار والصلح عن الإنكار واحكام ذلك على وجه التفصيل . ولا شك ان عدم ذكر ذلك يجعل تشويشاً في القضاء لا سيما في الحكم الأجانب الذي جاؤوا لهذه البلاد ليطبقوا قانوننا فيها فلا يمكنهم ان يأثفوا نظريتنا بسهولة ويحكموا فيها أحكاماً موافقة للنظريات المدنية الإسلامية لعدم وجوه نظيرها في المدينات الأوروبية ، اقول هذا وأنا اذكر انني تباحث مع احد المحامين المتخرجين من البلاد الأجنبية كثيراً بحق الصلح عن الدعوى والصلح عن الحق ورأيت انه لا يفرق بين نتائجهما والحق بيده لأنه لم ير فيما قرأه في القوانين الأوروبية شيئاً يتعلق بذلك .

أما الأقرار فقد بحث عنه هذا القانون في المواد (١٣٥٤ — ١٣٥٦) فالمادة (١٣٥٤) قسمت الأقرار الى قضائي وغير قضائي والمادة (١٣٥٥) منعت اثبات الأقرار بالشهود اذا وقع خارج

مجلس الحاكم والمادة (١٣٥٦) بحثت عن الأقرار الذي يقع بحضور الحاكم وسمته أقراراً قضائياً ومنعت تقسيم هذا الأقرار وتجزئته ومنعت المقر من الرجوع عن أقراره إلا إذا كان هنالك سهو أو خطأ في أساس المصلحة . وهذا القدر من البحث فيما يتعلق بالأقرار لا اظنه يكفي لاحتياجات امة اعتادت على القانون المدني الأسلامي وإذا قابلنا بين هذه المواد وبين ما ورد في كتاب الأقرار من المحلة نرى فروقاً لا يمكن اهمالها ولا العدول عنها لأنها جميعها تتعلق باحتياجات ضرورية لا كالية .

وقد بحث القانون المدني الأفرنسي عن الأبراء عندما بحث عن سقوط الالتزامات وقال في المادة (١٢٨٢) بأن تسليم سند الدين الموقع بالصورة العادية الى المدين بالاختيار يثبت براءة ذمة المدين ولم يذكر شيئاً عن كيفية اثبات هذا التسليم وشكله وفيما اذا كانت البينة الشخصية تكفي لإثبات ذلك أم لا لأن مجرد تسليم السند بالاختيار لا يسقط الدين النابت بالذمة لأن السند دليل التوثيق ليس الا والدين غير السند فلا يسقط الدين ولا تبرأ الذمة بمجرد تسليم السند . وقال هذا القانون في المادة (١٢٨٣) بأن تسليم صورة السند المصدقة يستدل منها على براءة المدين او ايفاء التعهد من قبله وهذا لا يألف مع نظريتنا كما قلنا وقد ورد في المادة (١٢٨٤) بأن تسليم السند العادي او صورة السند الرسمي الى احد المدينين المتكفلين بأداء الدين متسلسلاً يستلزم براءة باقي المدينين . وكذلك الأبراء فإذا أبرأ الدائن ذمة احد مديونه من دينه تبرأ ذمة باقي المدينين اذا لم يبين الدائن حين الأبراء انه يحافظ حقه بالنسبة الى الباقيين وهذه قواعد لا تنطبق على حقوقنا وعادتنا وتعاملنا لأن الدين لا يملك الى غير المدين ولأن الأبراء ينحصر بمن وقع له دون سواه ولأن الأقرار يتجزأ عندنا خلافاً للنظريات الغربية وتسليم السند العادي وصورته المصدقة قد لا تكون ابراءً ولا اقراراً بقبض الدين .

وقد جاء في المادة (١٢٨٦) من هذا القانون بأن تسليم الرهن الى الراهن لا يدل على ابراءه من الدين وهذا معقول لأن الرهن شرع لتوثيق الدين الثابت بذمة المدين والتوثيق من حق الدائن فإذا ترك حقه منه لا يكون هذا الترك موجباً لمؤاخذته بسقوط الدين . وقد ورد في المادتين (١٢٨٧ و ١٢٨٨) بأن براءة الأصل توجب براءة الكفيل والعكس لا وان الدائن اذا اخذ مبلغاً من الكفيل لتخليصه من الكفالة يحسب هذا المبلغ من دين الأصل وتبرأ ذمته وذمة باقي كفلاؤه مما يعادله من الدين وهذه نظريات توافق المحلة لان الكفالة هي ربط ذمة بذمة

ولا ننقل الدين كما قلنا من مكانه المخصوص على ما اختاره جمهور الفقهاء فأذا قبض الدائن جانباً من الدين من الكفيل يسقط حق مطالبته فيما قبضه من الأصيل والكفيل .

اما القانون المدني التركي فإنه لم يبحث بصورة خاصة عن الصلح والأقرار والبراء بل انه ادخل ذلك ضمن بعض الأبحاث كسقوط الديون بالتقاص والأداء وجعل اكثر ابحاثه في ذلك قريبة من القانون المدني الافرنسي لذلك لا نرى لزوماً للبحث عنها بصورة مفصلة .

— انتهى —



الكتاب الرابع عشر

(في الدعوى ويشتمل على مقدمة وباين)

المقدمة

(في بيان الأَصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى)

تصدير الدعوى امام المحاكم لتحصيل الحقوق قد اتفقت عليه الأمم في العصور الماضية وقال تعالى (لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأحكم بيننا بالحق ولا تشطط) وقال عليه الصلاة والسلام (لو بعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم واموالهم) .

ويجب في الدعوى معرفة سبعة أشياء وهي : مشروعيتهاتعريفهاونقيسمهاوركنها وشرطها وحكمها وسببها . فشروعيتهما ثابتة في الكتاب والسنة واجماع الأمة . وتعريفها ونقيسمها هو على ما جاء في المادة الآتية وركنها هو اضافتها للمدعي اذا كان اصيلاً او لمن هو قائم مقامه اذا كان وكيلاً او ولياً او وصياً او متولياً كقولهم هذا المال لي او لوكلي او للصغير فلان الجاري بولايتي او بوصايتي او للوقف الفلاني الجاري بتوليتي . وشرطها هو كما جاء في المادة ١٦١٦ وحكمها لزوم اعطاء الجواب من المدعى عليه اقراراً او انكاراً . وسببها تعاطى المعاملات وهذا اما ان يرجع الى النوع كقول المدعي ان هذا المحل هو طريق عام واما ان يرجع للشخص كقول المدعي ان هذه الدار لي .

وقد شرعت لاستحصال الحقوق ورفع الفساد والأختلاف فن الحقوق ما تستحصل بدون حكم كالقصاص والشم واستلام المأجر ورفع الضرر واستيفاء الدين فلولي المقتول ان يقتل القاتل بالسيف — لا بدونه — وللمشتوم ان يشتم شاتمته بعين لفظة الشتم الذي شتمه به وللموثر

ان يفسخ المأجور ويحفظ امتعة المستأجر اذا انقضت مدة التواجد وترك المستأجر المأجور وذهب وغاب سنة كاملة ولا جوار ان يقطع اغصان شجرة جاره من الحبل الواجب قطعها منه اذا اخذت هواء داره وكانت بجبال لا يمكن لصاحبها ان يربطها ويشدها لداره .

وللدائن ان يأخذ مال مدينه الذي هو من جنس الدين وكذا الأجنبي بدون حكم الحاكم . اما في زماننا فان القصاص اصبح من الحقوق العامة والشمم جرم يستحق الجزاء فليس لولي المقتول قتل القاتل ولو بعد الحكم وليس للمشتوم شتم الشاتم وليس لصاحب الحديقة ان يقطع اغصان شجرة جاره اذا اضرت بحديقته وليس للمؤجر ان يستلم المأجور وليس للدائن ان يستوفي مالا من جنس دينه بالجبر والشدّة لأن ذلك كله موجب للجزاء واذا اخذ الدائن من غير جنس الدين فيكون استوفى ماله عند الأمام الشافعي ويضمن ضمان الرهن اذا تلف عند الأئمة الحنفية (بنزاهه) .

ومن الحقوق ما لا يستحصل الا بحكم كحد القذف وحق التعزير فالمقذوف ليس له ان يقذف بالقازف بدون حكم الحاكم لغلبة حق الله به وكذا المضروب فليس له ان يضرب الضارب بدون حكم الحاكم واذا ضربه يجازى الضارب الأول أولاً والثاني ثانياً لأن الضارب الأول ظلم واحق بالتعزير (بنجر) .

مادة ١٦١٣ [الدعوى هي طلب احد حقه من آخر في حضور الحاكم] .

بلفظ يفيد الجزم قولاً او كتابة كقوله هذا الحق لي او لموكلي او للصغير الجاري بولايي وشرطها حضور الحاكم وينبغي ان يكون الحكم كالقاضي فيما يجوز به التحكيم بشروطه فإذا ادعى المدعي بحضور غير الحاكم وانكر المدعي عليه لا يحلف واذا سكت لا يمد مقرأً او منكرًا واذا نكل عن حلف اليمين لا يعتبر نا كلاً مقرأً او بازلاً . ويجب في الدعوى طلب الحق وهذا يشمل الأعيان كقول المدعي هذه الدابة لي والدين كقوله لي بذمة فلان الف قرش اطلبها ويشمل حق العدم وهو طلب منع المعارضة كقوله هذه الدار لي وفلان يعارضني بها اطلب منع معارضته لي ولا تسمع دعوى قطع النزاع كقوله له (كنت مدينًا لفلان بألف قرش وقد دفعته له فأطلب احضاره وان انكر اطلب تكليفي لأثبت دعواي) لأن المدعي عليه بقرله هذا قد اقر بحق للمدعي ويدعي الأداء فلا تسمع دعواه لأن المدعي لا يجبر على اقامة دعواه (تكملة) .

ولا بد من اضافة المدعي الدعوى لنفسه او لمن هو تحت ولايته او تحت وصايته فلا نسمع دعواه اذا قال ان هذا المال ليس بملك فلان اطلب رفع يده عنه ولا يسئل المدعى عليه عن دعوى المدعي هذه . ولا بد من ان تكون الدعوى بلفظ يدل على الجزم واليقين فلا تسمع دعوى المدعي اذا قال اظن ان لي قبل فلان كذا . وكذا دفع الدعوى فانها دعوى لأب المدعى عليه اذا قال دفعت ما علي من الدين او ابرأتني منه فقولاه هذا دفع والدفع دعوى تفيد التملك لأن الديون تقضي بأمثالها لا بأعيانها .

[ويقال للطالب المدعي والمطلوب منه المدعى عليه] وقد اختلف الفقهاء بتعريف المدعي والمدعى عليه فقد عرفها في التنوير والغرر بأن المدعى من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه يجبر عليها وهذا احسن ما قيل فيهما وهو الموافق لتعريف المتن وقيل المدعي من لا يستحق الأبينة والمدعى عليه من يكون مستحقاً بلا حجة اذ بقوله هو لي يكون له وقيل المدعي من يلتبس خلاف الظاهر وهو الأمر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . ومن اهم مسائل الدعوى معرفة المدعي والمدعى عليه لأن كثيراً ما يكون كلام المدعي بصورة الدعوي وهو في الحقيقة انكار كما هو الحال في المودع والوديع فإذا ادعى الوديع رد الوديعة يكون مدعياً بالصورة الظاهرة الا انه ينكر الضمان ولذا فهو مدعى عليه فيحلف على انه لا يلزمه الضمان لا على رد الوديعة والمودع وان كان منكراً الا انه يدعي مشغولية ذمة الوديع وهو مدع لأن العبرة للمقاصد والمعاني (مجتمع الأنهر) .

الدعوى اما صحيحة وهي الدعوى التي يترتب عليها احضار الخصم ومطالبته بالجواب والا ثبات بالبينة وطلب التحليف عند الإنكار واحضار المدعى عليه . واما فاسدة وهي الدعوي الصحيحة اصلاً وغير الصحيحة وصفاً كالدعوى بالمجهول وهي ذاللة للتصحيح .

واما باطلة وهي الدعوى غير الصحيحة والتي لا تقبل التصحيح ولا يترتب عليها حكم كالدعوى بطلب الصدقة من الغني ودعوى لوكالة اذا انكرها الموكل .

مادة ١٦١٥ [المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به أيضاً . المدعى كلمة فصيحة لغة الا انها مهجورة وكلمة المدعى به اشهر استعمالاً .

مادة ١٦١٥ [التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه] .

وفي اللغة التناقض التدافع ويقال تناقضا تدافعا أي كل واحد منهما تقض الآخر وتناقض في كلامه وإذا كان التناقض بالبعض يقتضي ابطال ذلك البعض فتطو ولا يشترط وقوع الكلايين المتناقضين في مجلس القاضي لذلك لا فرق بين أن يتناقض المدعي في كلامه بحضور القاضي وفي كلامه الذي قاله خارج مجلس القاضي إذا ثبت قوله هذا بدليل قانوني إلا أن التناقض يجب أن يكون شخصاً واحداً أو بمثابة الشخص الواحد كالموكل والوكيل والوارث والمورث .

والتناقض إما أن يقع بين الكلامين كما ورد ذلك في متن هذه المادة أو بين فعل وكلام أو سكوت وكلام كالمدعي إذا ادعى مالاً كان اشتراه قبل الدعوى أو المدعي إذا ادعى مالاً وكان قبل الدعوى رأى ولده وهو يبيعه وسكت إلا أن المجلة عرفت التناقض الحاصل بين القولين وسكتت عن التناقض الحاصل بين فعل وكلام أو سكوت وكلام لأن التناقض القولي هو التناقض المشهور والكثير الوقوع .



« الباب الأول »

(في شروط الدعوى واحكامها ويشتمل على اربعة فصول)

✽ الفصل الأول ✽

(في بيان شروط صحة الدعوى)

ينبغي للدعي ان لا يقدم على تقديم دعوى لا يعرف شروطها وللمحاكم اذا رأى ان المدعي لا يعلم كيف يصور دعواه يأمر من يعلمه ذلك (بحر) .

شروط الدعوى هي : اولاً عقل الطرفين ثانياً معلومية المدعى عليه ثالثاً اقامتها بحضور الخصم رابعاً معلومية المدعي به خامساً ان لا يعتبر الأقرار سبباً للملك سادساً ان تكوى الدعوى محتملة الثبوت سابعاً امكان حكم المدعى عليه بشيء عند ثبوت الدعوى ثامناً ان تكون الدعوى في مجلس القضاء تاسعاً ان تكون عارية عن التناقض .

مادة ١٦١٦ [يشترط] لصحة الدعوى [ان يكون المدعي والمدعى عليها عاقلين

فدعوى المجنون والصبي الغير المميز ليست بصحيحة] .

وكذا لو كانت الدعوى عليهما فجوابهما غير صحيح بخلاف الصبي المميز المأذون في الخصومة لأن غير المأذون لا تصح دعواه كسائر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر [ولكن يصح ان يكون اولياؤهما واوصياؤهما مدعين او مدعى عليهم في محلهما] واذا كان للمدعي يئنة على الصبي المحجور وكان المدعي يدعي فعل الصبي فيجب احضاره مع وليه او وصيه لمجلس المحاكم الا اذا كان رضيعاً (بحر) .

لأن المدعي اذا ادعى فعلاً على الصغير المحجور كالغصب والكسر فله احضاره لأن الصبي مأخوذ بأفعاله وان لم يكن مأخوذاً بأقواله والشهود محتاجون للإشارة اليه ويحضر معه وليه ووصيه حتى اذا حكم عليه بشيء يؤمر الأب او الوصي بالأداء عنه في ماله واذا كان المدعي بدعي بفعل او قول عن الصبي وقع بمباشرة الولي او الوصي او بمباشرة مورث الصبي فلا يجب

احضاره لمجلس القاضي ولا بد من اثبات مثل هذه الدعاوى بالبينة لعدم امكان توجيه اليمين على الولي والوصى والصغير المحجور واذا كان الصغير مأذوناً وحلف اليمين فلا يحلف عند محمد حين بلوغه خلافاً لقول بعض الفقهاء اذ قالوا بعدم صحة تحليفه وعدم حنثه عند محمد وعندى ان المميز المأذون له ان يدعى ويدعى عليه وان يحلف اليمين .

مادة ١٤١٧ [يشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً] لأن الفائدة من الدعوى هي الزام المدعى عليه والحكم بما ادعى به عليه ولا يتحقق الألتزام والأستشهاد بالمجهول .
[بناءً عليه اذا قال المدعي لي على احد من اهل القرية الفلانية او على اناس من اهلها مقدار كذا لا تصح دعواه ويلزم عليه تعيين المدعى عليه] .

ومن هذا القبيل ما في الحامدية وهو ان ورثة زيد المقتول ادعوا على خمسة اشخاص معلومين بأنهم ضربوا ببندقيتين فأصابت احدهما زيدا في خاصرته اردته قتيلاً ولم يعلموا من هو الذي اطلق الرصاص منهم لا تسمع دعواهم ولا يثبتهم — خلافاً لما جاء في المادة ١٨٤ من قانون الجزاء — وكذا اذا ادعى بأنه عم الميت لا تسمع دعواه الا ان يفسر بأنه عم لأب او عم لأب وام . ويشترط في دعوى الوراثة ان يقول المدعي بأنه وارث المتوفي لا وارث له سواء (عماديه وتنقيح) ويجوز ان يكون المدعى عليه واحداً وجماعة ولو قوماً محصوراً او غير محصور ولا يشترط على المدعي معرفة اسم المدعى عليه فإذا احضره لمجلس القاضي واثار له تسمع دعواه ويثبت .

مادة ١٦١٨ [يشترط حضور الخصم حين الدعوى] والشهادة والحكم لأن الخصم اذا لم يحضر لا يعلم فيما اذا كان يقر بدعوى المدعي او ينكرها ولأنه لا يقضى على غائب سواء كانت الدعوى تتعلق بحقوق العباد او بحقوق الله كالطلاق بناء عليه ليس للقاضي ان يحكم بطلاق امرأة من زوجها بشهادة شاهدين بدون سبق دعوى وحضور الخصم واذا حكم لا يصح حكمه (علي افندي) . وقد اختلف بجلب المدعي عليه جبراً وعدم جلبه فقال بعض الفقهاء اذا كان المحلل الذي يبيت فيه المدعي عليه قريباً من المحكمة حيث يأتي للمحكمة ويعود لداره دون ان يتأخر عن وقته من تناول العشاء يجبر على الحضور والا تسمع اولاً شهادة شهود المدعي او يحلف المدعي اليمين على دعواه ثم يستحضر المدعي عليه لمجلس الحاكم واني ارى ان هذا موافق للأنصاف واقرب للعدل وان كان لا يمكن وقوعه في زماننا بالنظر لأصول المحاكمات

الحقوقية: إمكان رؤية الدعوى بحق المدعى عليه غياً بأو عدم سماع اعتراضه على الصلاحية بدون حضوره ولا يجلب الزوج بدلاً من زوجته ولا القريب بدلاً من قريبه لرؤية الدعوى بدون التوكيل ولا يشترط حضور المدعى عليه الا اذا كان خصماً في الدعوى اصالته كمن امر آخر بدفع ما عليه من الدين وانكر الامر والدين والدفع فللدافع اقامة دعواه واثباتها بحضور الامر المنكر واذا اثبت دعواه الدين والامر والدفع يسري الحكم بذلك على القابض ايضاً . وكذا اذا ادعى المدعي على المدعى عليه بأنه كفيل له كل ماله بذمة زيد وانكر المدعى عليه الكفيل دعواه الكفالة والدين حكم له ببرهانه على الكفيل ويسري هذا الحكم على المدين الغائب . يستثنى من ذلك كتاب القاضي وهو ان المدعي يراجع قاضي بلده ويدعي بأن له بذمة زيد المقيم في قضاء آخر مبلغاً معلوماً وان شهره مقيمون في هذه القضية ولا يمكنه اخذهم لقصة المدين ويطاب من القاضي ان يضبط شهادتهم بعد استماعها وان يحرق لقاضي تلك البلدة ذلك فالقاضي يسمع له شهوده بدعواه ويضبط شهادتهم ويحكمها سرّاً وعلناً ويرسلها لقاضي بلد المدعي عليه .

[واذا امتنع المدعى عليه من المجيء الى المحكمة وارسال وكيل عنه اليها فالمعاملة التي تجري في حقه ستذكر في كتاب القضاء] .

ظهر مما تقدم ان الحاكم يسمع دعوى المدعي ودفع المدعى عليه ودليل هذا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي حينما ارسله قاضياً على اليمن (اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي) .

مادة ١٦١٩ [يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى اذا كان

مجهولاً] لأن الغرض الزام المدعى عليه عند اقامة البينة او الإنكار والتكول عن حلف اليمين ولا الزام فيما لا يعرف جنسه وقدره وفي البحر لا بد من بيان الوزن في الموزونات وفي الرمان والسفرجل لا بد من ذكر الوزن وانه حامض او حلو وفي القطن يشترط بيان انه بخاري او خوارزمي وفي الخناء لا بد من انه مدقوق او ورق وان ادعى ذهباً لا بد من بيان نوعه ان كان مضروباً او غير مضروب وصفته ان كان جيداً او وسط او ردي وان ادعى ارنثاً لا بد من بيان حصته عندما يؤل الأمر بطلب تسليمها والا لا يجبر الخصم على الجواب ولا يحلف على دعوى المدعي ولا تقبل بنبته وهذا شرط بالدعوى ودفع الدعوى . فالدفع ايضاً لا يسمع بالمجهول

لذلك اذا ادعى المدعى مالا من آخر لا تسمع دعواه مالم يبين جنسه وقدره وكذا اذا ادعى خيانة شريكه له في مال الشركة يطلب منه بيان مقدار الخيانة والا لا تسمع دعواه . وكذا اذا ادعى بأن وصيه كان سرق مالا من تركته يبيحه وطلب من الوصي بيان مقدار ما سرق له والا فتجلبفه اليمن بأنه لم يأخذ ولم يسرق شيئا لا تسمع دعواه مالم يبين المال المدعى به ومقداره وجنسه . وكذا لا تسمع دعوى غرماء المدين المتوفي على الورثة بأنهم لم يأخذوا شيئا من مال التركة . ولا تسمع دعوى مدعى الوصية قبل ان يبين مقدارها ولا دعوى الدفع بدون بيان المقدار المدعى دفعه . وتسمع دعوى الرهن المجهول والغصب المجهول والاقرار بالمجهول والأداء بالمجهول الوارد ذكرهم في المواد ٩١٦٢١ و ١٥٧ و ٩٦٧ من المجلة فاذا ادعى المدعى بان له في ذمة المدعى عليه الف قرش وان المدعى عليه كان اقر بأنه مدان له تسمع دعوى المدعى ويكلف المدعى عليه لبيان مقدار الدين اذا اثبت هذا الأقرار بدليل قانوني لان الجهالة جاءت من جهة المدعى عليه لا من جهة المدعي وكذا تسمع دعوى الوصية المجهولة كقول المدعي ان مورث المدعى عليه كان حال حياته اوصى لي بربع تركته فيكلف المدعى عليه الوارث لبيان مقدار التركة لان الجهالة حصلت من مورثه وهو قائم مقامه وهذه المسائل مستثناة من هذه المادة .

مادة ١٦٢٠ [معلومية المدعى به] اولاً [بالأشارة] ثانياً [بالوصف والتعريف]
 [وهراته اذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالأشارة اليه كافية] لأن الاشارة ابلغ اسباب التعريف والمراد بها الاشارة باليد فيقول هذه العين لي اما الأشارة بالرأس لا تكفي الا اذا علم بأن المقصود بها هو الاشارة الى العين المدعى بها .
 [وان لم يكن حاضراً] يستحضر ويشار اليه اذا كان احضاره لا يحتاج الى مصرف والا [فبالوصف والتعريف وبيان قيمته يكون معلوماً] .

ويشترط بيان الوصف والتعريف وبيان القيمة في المدعى به الموجود اذا طلبه المدعى عيناً اما اذا كان المدعى به هالكاً فيكفي تعيين قيمته في الدعوى ولا تكفي هذه الشروط في كل الدعاوي لأن دعوى الابداع لا يكفي لصحتها بيان الوصف والتعريف والقيمة بل تحتاج الى

تعيين مكان الايداع ودعوى القرض تحتاج لبيان مكان القرض وصفة المقروض وفيما اذا كان القرض من مال المقرض او ان المقرض وكيل بالاقرض .

وفي دعوى سوم الشراء يجب بيان الثمن المسمى حين السوم وفي دعوى اجازة العقد الفضولي يجب بيان وجود المبيع بيد المشتري وزواج الثمن وقت الاجازة وذكر كون الفضولي قبض ثمن المبيع

وفي دعوى الشراء لا يحكم بتسليم المبيع للمشتري الا اذا ادعى بأنه اشترى معجلاً ودفع الثمن او مؤجلاً او معجلاً واستلم المبيع قبل دفع الثمن برضاء البائع وان البائع استرده منه والا تسمع دعواه بالشراء ولا يحكم له باسئلام المبيع

وفي دعوى تسليم الحنطة المباعة على وجه السلم لابد من ذكر شرائط السلم لأن كل سبب له شرائط كثيرة لابد من بيان شرائطه وكل سبب ليس له شرائط كثيرة لا يحتاج لبيان شرائطه كالبيع فيكفي فيه بيان كون المدعى به ناشئاً من سبب بيع صحيح (ردالمحتار) وفي دعوى العقد من بيع وايجار ووصية وغيرها لابد من بيان الطوع والرضاء لاحتمال الاكراه وفي ذكر التخارج والصلح عن التركة لابد من بيان انواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع منه ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيب الخارج لأنهم اذا صالحوا المدعى على ازيد من نصيبه لم يجوز عندهم وفي البيع مكرهاً لا حاجة لتعيين المكره وفي دعوى الطريق في دار الآخر لابد من بيان طوله وعرضه وموضعه من الدار وفي دعوى المسيل في دار الآخر لابد من بيان نوع المسيل فيما اذا كان مسيل مطر او غيره وبيان موضعه وفي دعوى البيع والتسليم بالاكراه ينبغي ان يقول المدعى بعته مكرهاً وسلمته مكرهاً ولي حق فسخه واذا كان قد قبض ثمنه يجب ان يقول انه قبض ثمنه مكرهاً ويبرهن على كل ذلك وفي دعوى الايداع لابد من بيان مكان الايداع سواء كان محتاجاً لحمل ام لا لأن الوديع لا يكلف لتسليم الوديعة الا في المحل الذي استلمها فيه وفي دعوى الغصب يحتاج لبيان مكان الغصب ان كانت المغصوب يحتاج الى حمل والا فلا لأن مؤنة ردالمغصوب لمكان الغصب على الغاصب وفي دعوى غصب غير المثلي يجب بيان قيمته يوم الغصب وفي دعوى الوديعة المستهلكة يجب بيان الاستهلاك وفي دعوى طلب قيمة الوديعة لموت الوديع مجعلاً يجب بيان قيمتها يوم وفاة الوديع وفي دعوى القطن يجب بيان محل حصوله كمصر او اطنه او ازمير وفي دعوى الرهن يجب طلب تسليم المرهون واعادته لدفع الدين ولا يجب

بيان محل الرهن لأن المرتهن مجبور على تسليم المرهون الى الراهن كالمستعير وفي دعوى بدل المغصوب الهالك يجب بيان فيما اذا كان قيمياً او مثلياً ولا تحتاج دعوى الغصب لبيان الملك وسببه لان اخذ المال من يد المغصوب منه دليل على حقه في الدعوى وفي دعوى شراء مال المتوفى من الوصي بعد وفاته على المشتري يجب بيان جنس المال ووصفه وقيمه يوم البيع ان كان هالكاً وفي دعوى غصب النقود غالبية الغش واستهلاكها يجب بيان قيمتها ان كانت منقطعة الرواج وقت الدعوى وفي دعوى تضمين ورثة الشريك الذي مات مجهلاً يجب بيان فيما اذا كان المدعى به رأس مال الشركة او المال الذي اشترته الشركة برأس مالها لأن رأس مال الشركة من النقود هو مثلي والأموال التي تشتريها الشركة ربما كانت مثلية او قيمية وفي دعوى تضمين ورثة المضارب الذي مات مجهلاً يجب بيان فيما اذا كان مال المضاربة نقداً او عروضاً وقت الوفاة وكذا الحكم في البضاعة وفي دعوى القسمة يجب بيان فيما اذا كانت رضائية او قضائية وفي دعوى البناء وغرس الاشجار من آخر في عرصه المدعى يجب بيان نوع البناء من حجر او من خشب وفي دعوى المكيلات يجب بيان الجنس والنوع والقدر والوصف كقوله كذا كيل شامي من الخنطة السقي او البعل الحورانية او البياضية او عين غرة .

وفي دعوى الحيوان يجب بيان لونه وسنه وذكوره وانوثته عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخر فلا حتى ان المدعى اذا بين بعض علامات في الحيوان وشهد له الشهود على دعواه ثم ظهر ان علامات الحيوان تخالف العلامات الميينة في الدعوى والشهادة لا يحكم بطلانها .

[واذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده وان كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ومقداره كما يتضح في المواد الآتية] واذا كان المدعى به مثلياً كالعنب مثلاً يجب بيان قدره ووصفه ونوعه كقوله كذا رطلاً من العنب الديراني الجيد . واذا ادعى بالمثلي في غير موسمها فاذا ادعى بطلب مثله ردت دعواه واذا طلب قيمته سأله الحاكم عن سبب الدين لانه اذا كان ثمن مبيع يكون البيع منفسخاً بسبب اقطاع الثمن من بين ايدي الناس وان كان سلماً او قرضاً مستهلكاً فالمدعى الانتظار الى الموسم الاقي والا اخذ القيمة .

مادة ١٦٢١ [اذا كان المدعى به عيناً منقولاً غير هالك وحاضراً بالمجلس

يدعيه المدعى بقوله هذا لي مشيراً اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطالب اخذه منه .

ولا يحتاج المدعى في دعواه هذه لبيان الوصف والتعريف لأن الإشارة تبلغ من التوصيف وكذا الشهادة اما اذا كان المدعى به غير موجود يجب بيان وصفه وجنسه ونوعه كما مر ذكر ذلك في المادة السابقة واذا كان المدعى به عيناً هالكة يكتفى ببيان قيمته لأن القيمة تكفي في المنقولات الهالكة حتى اذا ادعى رجل على آخر بشق ثوبه او جرح دابته بكفيه في الدعوى بيان قيمة النقص الحاصل بسبب شق الثوب وبسبب جرح الدابة ولا يكلف لأحضر الثوب والدابة للمجلس لأن المدعى به هو جزء فائت من الثوب والدابة .

ويجب على المدعى أن يقول ان المدعى به في يد غيره بدون حق لاحتمال كونه مرهوناً او محبوساً بمقابل الثمن ويجب اثبات وضع اليد في العقار وفي المنقول فلا لأن وضع اليد على المنقول مشاهدة محسوسة وعلى العقار غير محسوسة فتطلب البيئة من واضع اليد او من خصمه دفعاً للمواطنة ومساواة لدعوى المنقول ويكتفى بدعوى المنقول قول المدعى ان المدعى عليه قد وضع يده عليه بغير حق . وفي البحر لا يكلف الشهود حين الشهادة على المنقول لبيان كون المدعى عليه واضعاً يده عليه ويجب على المدعى ان يطلب في الدعوى اخذ المدعى به من المدعى عليه وتسليمه له سواء كان عقاراً او منقولاً لأن المدعى قال في دعواه ان المبيع في ملكه على سبيل الحساية فلا بد من طلب رفع يد المدعى عليه عن المدعى به وتسليمه له تأييداً للملكية فيه .

[وان لم يكن حاضراً في المجلس ولكن يمكن جلبه واحضاره بلا مصرف يجلب

الى مجلس الحاكم ليشار اليه في الدعوى واليمين والشهادة]

فما يمكن احضاره هو العنبر والمسك والزعفران القليل والساعة والخاتم وما شابه ذلك واذا احضر المدعى عليه الشئ الى مجلس القاضي فشهدوا بأنه ملكه يجوز لأن اللام للتملك وينبغي للقاضي ان يكلف المدعى عليه لاحضار العين فإن ابى حبسه شهرين فان احضر عيناً من ذلك الجنس قال للمدعي ان هذا لذي ادعيته فإن صدقه اخذه وان كذبه يكلف المدعى عليه

لاحضار عين اخرى الى ان يوافقه المدعى في ذلك فإن عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضى عليه بالقيمة والقول قوله فيها (خاتية) . واذا قال المدعى عليه ان الساعة التي ادعاها المدعى هي في يدي او في داري لا يكلف لأحضارها ويحكم عليه بتسليمها عيناً لأقراره بوجودها .

واذا ادعى المدعى وجود المدعى به وانكر المدعى عليه دعواه فأقام البينة على ان المدعى به كان في يد المدعى عليه قبل سنة تقبل بينته وبكلف المدعى عليه لاحضار المدعى به لمجلس الحكم الا اذا اثبت المدعى عليه هلاك المدعى به او خروجه من يده بعد ذاك التاريخ فلا يكلف لأحضاره . وقد قال بعض الفقهاء بأن المدعى عليه لا يكلف لأحضار المدعى به بهذه الشهادة لأنها استصحاب والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة فوجود المدعى به في يده في الماضي لا يثبت وجوده في يده في الحال ويجبر المدعى عليه على احضار المدعى به لمجلس الحاكم الا اذا كان ودعياً فإنه يكلف لاحضار الودعية لمجلس القاضي لدفعها للمودع

[وان لم يكن احضاره ممكناً عرفه المدعى وبين قيمته] كعشرة امداد حنطة وعلى قول مالا يمكن نقله من مجلس مجلس آخر بيد واحدة فما لا يمكن نقله هو المدعى به الهالك او ما يحتاج الى الحمل والمؤنة او ما كان مكان وجوده مجهولاً . وقد قال بعض الفقهاء بأن المدعى به اذا كان احضاره غير ممكن ذهب الحاكم لحل وجوده واثار له بالدعوى والشهادة واليمين ولا يكتفى ببيان الجنس والوصف والقيمة . واذا امكن احضار المدعى به للمحكمة ولم يمكن ادخاله من باب غرفة الحاكم كاللدابة والجمال احضره الحاكم ليهو المحكمة وسمع الدعوى والشهادة عليه واذا لم يمكن احضاره والذهاب لحل وجوده لهلاكه عرفه المدعى وبين قيمته لأن الأعيان تنفاوت والشرط ان تكون الدعوى في معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لأنها خلف عنه . ويشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والأوثنة وذكر النوع كالفرس والحصان . واذا وصف المدعى المدعى به واحضره المدعى عليه وظهر بان اوصافه تخالف الأوصاف التي بينها المدعى ينظر فإذا ترك المدعى دعواه واثار بدعوى ثانية الى المدعى به تسمع دعواه والا فلا [ولكن لا يلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا يعرف قيمته] لأن الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان قيمته لتضرر والفائدة من صحة الدعوى هي توجيه

اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين وفائدها
مماح البينة فيها وامكان حبس المدعى عليه لتسليم المدعى به لا الحكم بعين المدعى به وقيمته
والقول في قيمة المغضوب والمرهون للغاصب والمرتهن مع اليمين اما اذا ادعى المدعى قطع غنبه
من كرمه فلا بد من بيان نوع الغنص ووزنه لأنه مثلي وبيان ذلك في المثلي شرط لصحة الدعوى
ولا بد بدعوى قطع الحطب من بيان نوعه وان كان قيمياً لأن القيمة تختلف بتفاوت النوع
والصفة واذا شرط ذلك في الدعوى شرط في الشهادة ليتصور الحاكم ما يحكم به للمدعى .

وتسمع دعوى المدعى بأنه استقرض من المدعى عليه عشرين ليرة ورهن ساعة عنده فيطلب
رد الساعة بعد قبض المبلغ فتسمع دعواه ويسأل المدعى عليه عن الساعة المرهونة فان اقر بها
كلف لتسليمها وان انكرها كلف المدعى لأثبت الرهن والتسليم فان اثبت دعواه حبس المدعى
عليه الى ان يقر بالمرهون .

ولا بد من تفریق دعوى الغصب من دعوى ازالة اليد فدعوى الغصب هي ان يقول غصب
مني كذا اما لو قال هذا ملكي وذو اليد احدث يده عليه بغير حق فلا يكون قد ادعى الغصب
على ما جاء بقانونحكام الصلح والفرق بين الدعواين ظاهر ومعلوم (راجع المادة ٢٤ وما بعدها
من مواد قانونحكام الصلح) .

مادة ١٦٢٢ [اذا كان المدعى به اعياناً متخالفة الجنس والنوع والوصف]
كخمسة رؤس من الخيل ورأس غنم غير حاضرة في المجلس [يكفي في الدعوى والشهادة
ذكر مجموع قيمتها ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة] ويجب بيان اوصاف المدعى به
الا اذا كانت مثلياً فيجب بيان مثله على ما جاء في المادة ١٦٢٠ واذا ادعى قيمة شيء مستهلك
اشترب بيان جنسه ونوعه في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضى على المدعى عليه .

مادة ١٦٢٣ [اذا كان المدعى به عقاراً] كالعرصات والأراضي او ما هو يحكم
العقار كسكنى الدار والعقار العلوي اذا كان المدعى عليه منكر ملكية المدعي به [يلزم ذكر
بلده وقرية ومحل وزقاق وحدوده الأربعة او الثلاثة واسماء اصحاب حدوده ان
كان لها اصحاب واسماء آبائهم واجدادهم] عند الأمام واذا كان احد حدوده جارياً في

ملك ورثة ميت يجب بيان اسم الورثة ونسبهم [١] لأن العقار لا ينقل لمجلس القاضي ولا يشار اليه فوجب تعريفه وتوصيفه والتعريف والتوصيف لا يكون الا بما ذكر في هذه المادة - ولا بد من بيان كون المدعي عليه واضعاً يده عليه بغير حق لأن الخصم بدعوى العقار هو واضع اليد ولربما كان العقار تحت يد المدعى عليه برهن او ايجار واذا كان المدعى به جزءاً شائعاً من عقار يكفي فيه ذكر الجزء المدعى به في الدعوى والشهادة ولا حاجة لذكر الكل عند بعض الفقهاء - وقد ذكرت المجلة البلدة ثم القرية ثم الزقاق ثم الحدود لأنها بدأت بالأعم ثم بالاخص [٢] واذا ادعى المدعى عشرة قطع من الأراضي وذكر حدود تسعة منها وترك حدود العاشرة تقبل دعواه اذا كانت القطعة العاشرة في وسط القطع الباقية والا فلا وفي جامع الأجار تبين اذا ادعى متولي الوقف قطعة ارض لم يبين حدودها في الدعوى ترد دعواه للجهالة ولا يلزم المدعى عليه بشيء ويجب بيان حدود المدعى به المحيطة به فلا يجوز ذكر احد حدود المدعى به بشجرة مغروسة فيه لأن ذلك ان كان ضمن حدود المدعى به لا يصح وان كان خارج الحدود لا يصح ايضاً لأن الشجرة لا تحيط بالحد كله والفصل يجب ان يكون محيطاً بكل المدعى به - وبكتفي ببيان الحدود الثلاثة لأن للأكثر حكم الكل فيجعل الرابع بأزاء الثالث حتى ينتهي الى مبدأ الحد الاول وكذا الحكم بالشاهد فإنه كالمدعي فاذا ذكر الحدود الثلاثة وترك الرابع صححت شهادته واذا كان الحد الرابع ملكاً لثنتين فيمكن في ذكر احدهما ولو كان تمام الحد المسكوت عنه مسجداً الا اذا ذكر الحد الرابع غلطاً بالدعوى او الشهادة فإن ذلك يوجب رد الدعوى لأن المدعى به يختلف باختلاف الحد الرابع كالمدعى والشهادة بالبيع بدون تعيين الثمن تسمع الا اذا ذكر الثمن واختلف المدعى والشاهد بمقداره ردت الشهادة واذا قال المدعى انه لا يعرف اساء اصحاب الحدود ثم بينهم تسمع دعواه بدون توفيق ولا تسمع دعواه ببيان الحدود واصحابها اذا قال

[١] لأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض ومنهم ذو عصة ولو قال لصيق دار من تركة فلان ابن فلان ابن فلان لكتفي -

[٢] لو طلب المدعى من القاضي وضع المنقول في يد عدل فان كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه وان كان فاسقاً اجابه وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه ثمر (راجع قانون الحارس القضائي) -

اولاً انه لا يعرف حدودها . ولا يلتفت الى قول المدعى عليه ان الشهود والمدعى غلطوا ببيان الحدود لأن قوله انكار الا اذا كذب المدعى شهوده وبين حدوداً غير الحدود التي بينها او اقر الشهود بعدم معرفتهم الحدود (بجر ورد المختار) وتسمع الشهادة اذا غلط الشاهد ووفقها شهادته وتقبل بان قال مثلاً الحد الرابع هي ارض زيد ثم قال نعم كانت لزيد ثم اشتراها عمرو .

ويجوز للمدعى والشاهد ان يحدد المدعى به بذكر اسم واضع اليد على العقار السكائن لصيق العقار المدعى به اذا كان صاحبه غير معلوم فيقول من الجهة الفلانية عقار بيد فلان ابن فلان ابن فلان (بجر) وفي رد المختار اذا كان احد اطراف العقار المدعى به عقار وقف يجب على المدعى والشاهد ان يبين اسم الواقف واسم ابيه وجده والموقوف عليه .

وكذا الطريق والنهر والسور واخذنق تصلح حداً عند الامامين ويصح التحديد بذكر اصحابه ولو كانوا يملكون في القرية قطعاً كثيرة غير القطعة التي هي حدود القطعة المدعى بها وكذا اذا ادعى سكنى الدار وبين حدودها صحت دعواه وان كانت سكنى الدار ثقلية لأنه لما اتصل بالارض اتصال تأييد كان تعريفه بما به تعريف الأرض اذ في سائر النقليات لا يعرف المدعى به بالحدود لأن مكان نقله لمجلس القاضي خلافاً لسكنى الدار فان نقله لا يمكن وكذا البناء العلوي يحدد بتحديد البناء السفلي لأن السفلى اصل والعلو تبع وتحديد الأصل اولى من تحديد الفرع ولو جعل بعض الحدود ارض المملوكة يصح لأنها في يد السلطان بواسطة نائبه (تكمله) وفي البزاية اذا كانت احد الحدود او جميعها متصلاً بملك المدعى لا يحتاج الى ذكر الفاصل بخلاف اتصاله بملك المدعى عليه او ملك الغير . واذا ذكر ثلاثة حدود وقال في الحد الرابع ملك المدعى عليه ولم يذكر الحد الفاصل يصح لأنه كالسكوت عن الحد الرابع . وفي دعوى الشفعة يجب على المدعى بيان حدود الدارين المدعى شفعتهما وداره المشفوع بها .

[ولكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده] لأن القصد هو التعريف لا كثرة الكلام [كذلك لا يشترط بيان حدود العقار اذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته في الدعوى والشهادة] عند الامامين وكذا اذا عرف الشهود العقار عيناً واثاروا له فيرسل الحاكم امينه معهم ويشيرون الى العقار المشهود به ويسأل الامين من جوار العقار عن حدوده ويعلم الحاكم بذلك (خانيه) [وايضاً اذا ادعى

المدعى بقوله ان العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي تصح دعواه [وكذا اذا ادعى المدعى بقوله يطلب لي من ذمة المدعى عليه المبلغ المحرر في هذا السند اطلب تحصيله منه وابرز سنده تسمع دعواه وكذا اذا شهد الشهود بعقار بدون تجديد وصادقهم المتداعيان على شهادتهم صحت الدعوى والشهادة . وكذا اذا ادعى المدعى بأن الدار التي يمسكها المدعى عليه له وجارية في ملكه ثم ادعى بان المدعى عليه اقر له بملكيتها بالدار المذكورة واقام شهوداً على دعواه قبل شهادتهم ولو لم يحدوا

مادة ١٦٢٤] اذا اصاب المدعى في بيان الحدود واخطأ في بيان مقدار ذراع العقار او دونه [او عدد غرفه [لا يمنع صحة دعواه] لأن القصد من بيان الحدود هو التعريف وبيان الذراع والقدر زائد والزائد لا يؤثر على الدعوى اصاب به المدعى او اخطأ وكذا اذا ادعى ارضاً واصاب بحدودها واخطأ بمقدار اشجارها لا تبطل دعواه لاحتمال قطع الاشجار بعد الدعوى الا اذا ادعى بأن الأرض سليخة ثم ظهر فيها عند الكشف اشجار لا يمكن حصولها في مدة مضت بين الدعوى والكشف لا تسمع دعواه (هـ) وفي البرازية اشترى جارية اسمها شجرة الدر واستحققت وعند ارادة المشتري الرجوع بالثمن قال استحققت مني جارية اسمها قضيب الباب تصح الدعوى ان قال استحققت الجارية التي اشتريتها منك والعلف في الاسم لا يمنع الدعوى بعدما عرفها بذلك التعريف ولأنه يجوز ان يكون لها اسمان .

مادة ١٦٢٥ لا يشترط لدعوى الدين تعريف وتوصيف المالك الذي هو سبب ذلك

الدين بناءً عليه [لا يشترط بيان حدود العقار بدعوى ثمن العقار في الدعوى اذا كان العقار المباع مقبوضاً] ولا يشترط احضار المنقول المباع المقبوض لمجلس القضاة بدعوى ثمن المنقول ولا بيان اوصافه . ولا يشترط بيان حدود العقار بدعوى بدل الايجار في الأجرة المنسوخة . وفي التكملة يشترط لدعوى ثمن العقار المباع قبل التسليم بيان حدوده . وفي جامع الفصولين لو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لا بد من حضور المبيع للمجلس الحكم حيث ثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض لأنه دعوى الدين حقيقة

مادة ١٦٢٦ [اذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعى بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره] وعلى قول سببه وطلب تسليمه سواء كان الدين نقداً او مثلياً [مثلاً يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهباً او فضة] او حنطة او شعيراً [ونوعه بقوله سكة آل عثمان او الانكليز] او سقياً او بعلاً [ووصفه بقوله سكة خالصة او مغشوشة] وبياضياً او جيدورياً [ومقداره بقوله ألفاً] او كذا مدأ وان يطلب اخذه من المدعى عليه وتسليمه له . وقد ذكر في كتاب البيوع بان البيع اذا وقع على نقود ذهبية صرف البيع الى جنس النقود ونوعها المتعامل بها وهذا يخالف ما جاء في هذه المادة اذ ان بيان النوع شرط في الدعوى . واذا كانت الفضة والذهب المدعى بها غير مضروبة يجب بيان وزنها وعيارها ولا تجوز الدعوى بالجهول اما الأقرار فصحيح كمن اقر لاخر بمبلغ من الليرات الذهبية يصح اقراره ويجبر المدعى عليه المقر لبيان نوع ما اقر به (هندية) .

[ولكن اذا ادعى بقوله كذا غروش على الأطلاق تصح دعواه وتصرف على الغروش المعهودة في عرف البلدة واذا كان التعارف نوعين من الغروش وكان اعتبار رواج احدهما ازيد تصرف الى الأدنى كما انه اذا ادعى بقوله كذا عدداً من البشلك تصرف دعواه للبشلك الأسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة] .

لأنه الأدنى والادنى متيقن واذا ادعى بعد ذلك الأروج يصدق اذا ادعاه موصولاً اما مفصولاً فلا للتناقض وفي دعوي مال المضاربة بموت المضارب مجهلاً لا بد من ذكر ان مال المضاربة يوم موته كانت نقداً او عروضاً لان مال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة . وفي الهندية رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما ان لأبيهما على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الآخر انه من قرض وبرهن كل منهما على ما ادعى يقضى لكل منهما بخمسائة وليس لأحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض .

وفي دعوي الدين على الميت لو قال المدعي توفي المدعى عليه قبل الأداء وترك يده وارثه هذا تركة تفي لأداء الدين تسمع هذه الدعوى وان لم يبين اعيان الشركة (بحر) . واذا انكر

الوارث وضع يده على التركة واراد المدعي الاثبات فلا بد له من بيان اعيان التركة .
 مادة ١٦٢٧ [اذا كان المدعى به اعياناً] منقولة او غير منقولة [فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى المملك المطلق بقرله هذا المال لي] ولا يكلف المدعي لبيان كون المال انتقل له بالأرث او بالهبسة او بالبيع . وفي الخانية اذا ادعى المدعي المملك بسبب ثم ادعى المملك المطلق ترد دعواه للتناقض لأن المملك المطلق اكثر من المملك بالسبب . وفي البزازية اذا بين السبب بأن قال هو ملكي بسبب وقوعه في حصتي عند القسمة فلا بد من ان يذكر ان القسمة كانت بالقضاء او بالرضاء . وفيها اذا ادعى شيئاً بسبب الشراء فأن ادعاه من صاحب اليد احتاج الى اثبات العقد — ان انكره المدعى عليه —

[اما اذا كان ديناً فيسأل عن سببه وجهته يعني يسأل هل هو ثمن مبيع او اجرة او دين من جهة اخرى والحاصل انه يسأل من اية جهة كان ديناً] لأن الدين ان كان من جهة السلم يجب ايقاؤه في المكان الذي اشترط تسليمه فيه (مجلة مادة ٣٨٦) . واذا كان قرضاً او ثمن مبيع يجب اداؤه في مكان القرض او المبيع . وكذا المغضوب يسلم في مكان الغصب . وفي النتيجة اذا كان الدين ناشئاً عن ثمن المبيع يجب بيان فيما اذا كان المبيع قبض ام لم يقبض من المشتري لأن المبيع غير المقبوض يجب احضاره لمجلس الحاكم . ولا بد من معرفة الحاكم سبب الدين لأن بعض الديون لا تثبت بالذمة لعدم صحتها ولا ستنادها على اسباب باطلة فلو ادعى مالا من آخر بسبب حساب جرى بينها لاتصح دعواه لان الحساب لا يصلح سبباً لوجوب المالك (هندية) . وفي التكملة ولو ادعى ديناً بسبب الكفالة لاتسمع دعواه مالم يبين سبب الكفالة لجواز وقوعها باطلة اذ الكفالة بنفقة المرأة بدون تعيين المدة لاتصح الا ان يقول ماعشت او مادامت في نكاحه .

وقد اختلف الفقهاء بصحة الدين اذا لم يبين فيها سببه فبعضهم قال يلزوم بيان السبب لصحة الدعوى وبعضهم قال بعدم لزومه وقد قال اصحاب الرأي الثاني بأن للحاكم ان يسأل من المدعي عن سبب الدين وليس له اجباره على ذلك اذا امتنع لأن المدعي يجبل سيفه بعض الاوقات من بيان السبب وهذا رأي اكثر المشايخ ويفهم من ظاهر عبارة المجلة انها قبلت بهذا

القول وكذا يفهم من اصول التحليف المنظم من هيئة المجلة اختيارها هذا القول الثاني لذلك اذا قال المدعى عليه ان ما يدعيه المدعى من ذمتي هو ثمن خمر او ثمن ميتة ولم يصادقه المدعى بقوله يكون اقر له بدعواه عند الأمام الاعظم اما الأمامان فقد قالاً بأن المدعى عليه اذا بين ذلك مفصولاً يكون قد اقر بدعى المدعى واذا بينه موصولاً فلا الا اذا بين المدعى عليه السبب أولاً كقوله انت بعثني الميتة بعشرة ليرات وتطلب المبلغ مني لا يكون بقوله هذا اقر له بدعواه بالاتفاق وكذا اذا قال المدعى عليه لك بذمتي عشرة ليرات مؤجلة الى كذا وادعى المدعى بان الدين ليس بمؤجل فالقول قول المدعى راجع المادة ١٥٨٧ الا في الكفالة (خانية) . وفي الخانية ادعى بدين بدون ذكر السبب وشهد الشهود ببيان السبب وكذا ادعى المدعى ببيان السبب وشهد الشهود مطلقاً تقبل الدعوى والشهادة اما بدعوى العين فلا تقبل الشهادة والدعوى بهذا الاختلاف والفرق ظاهر لأن الملك يتحمل الزوائد اما الدين فلا .

مادة ١٦٢٨ [حكم الأقرار هو ظهور المقر به وليس حدوثه ولهذا لا يكون الأقرار سبباً للملك بناءً عليه لو ادعى المدعى على المدعى عليه شيئاً وجعل سببه اقراره فقط لا تسمع دعواه] اي ان حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه ولذا فلا اقرار لا يكون سبباً للوجوب لان الأقرار اخبار من وجه وانشاء من وجه آخر ومن كونه اخباراً فلا يصلح سبباً للوجوب لان الأخبار يحتمل الصدق والكذب حتى ان المقر اذا اقر كاذباً لم يحل للمقر له ديانة اخذ المقر به الا اذا سلمه اياه يكون هبة ابتداءً وهذا مخالف للبيع لان البيع ينقل ملكية المبيع الى المشتري والتمن الى البائع اما الأقرار فهو لا ينقل الملكية بل يظهرها وهي في الأصل ملك المقر له وفي النكاح ايضاً لا يكون الاقرار سبباً للملك كما هو الحال في المعاملات لذلك فاذا اقر المريض في مرض موته بجميع ماله لا جنبي يعتبر اقراره ولا يحتاج لأجازة الورثة فلو كان الاقرار تمليكاً لكان نفذ من الثلث فقط وكذا اقرار الصبي المأذون في عين في يده انها غيره صحيح فلو كان تمليكاً لما جاز لانه ليس له التبرع ويكون الاقرار سبباً للدفع ولما عى عليه التمسك باقرار المدعى ورد دعواه بناءً على اقراره فاذا ادعى المدعى بمال موجود بيد الآخر بانه ليس له ارثاً عن ابيه فادعى المدعى عليه بان مورث المدعى كان حال حياته اقر له به يسمع دفعه وبينته على ذلك وترد دعوى المدعى وتسمع دعوى المدعى اذا ادعى اقرار المدعى عليه

بملكية مورثه للمدعى به بعد تاريخ الاقرار الذي تمسك به المدعى عليه وتسمع الشهادة على الاقرار شرعاً اما قانوناً فلا لأن المادة ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقيّة والمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات الشرعية منعتا اثبات الاقرار الواقع بحضور غير الحاكم بالشهادة [مثلاً لو ادعى المدعى بقرله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذواليد كان اقر بأزاه مالي تسمع دعواه] واذا لم يثبت المدعى دعواه يحلف المدعى عليه بأن المال المدعى به ليس للمدعى ولا يحلف على انه لم يقرله به (در المختار) .

[واما اذا ادعى بقروله ان هذا المال لي لأن هذا الرجل الذي هو ذواليد كان قد اقر بأزاه مالي فلا تسمع دعواه] . وفي الهندية اذا ادعى المدعى بأن ثلث هذه الدار التي تحت يد هذا الرجل هي لي لأنها تركت لي ولشقيقي عن والدنا وان شقيقي كانت اقرت لي بها وانا صدقتها لا تسمع دعواه [وكذلك لو ادعى المدعى بقروله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش من جهة القرض حتى انه كان هو اقر بأنه مديون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه] . وفي النتيجة ادعى رجل على آخر بأنه كان كفله بدينه لا آخر البالغ عنه كذا قرشاً حتى انه كان اقر للدائن بهذا الدين تسمع دعواه وبينته . وكذا ادعى رجل على آخر بأنه كفله له ماله بذمة آخر من الدين وقدره كذا حتى انه كان اقر هو بهذه الكفالة تسمع دعواه [واما اذا ادعى بقروله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش لأنه كان قد اقر بأنه مديون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض فلا تسمع دعواه] .

وفي البهجة ادعى بقروله ان هذه المرأة زوجتي لأنها كانت اقرت لي بالنكاح لا تسمع دعواه . اما دعوى الاقرار بالاستيفاء فقد قيل لا تسمع لانها دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق اذا الدين يقضي بمثله ففي الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق فلا تسمع وقيل تسمع لأنه في الحاصل يدفع اداء الدين عن نفسه فكان في طرف الدفع (يراز به) .

مادة ١٦٢٩ [يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت بناءً عليه لو ادعى ما وجوده محال عقلاً او عادة لا يصح الادعاء] لأن الكذب متيقن في مثل هذه الدعاوى . [مثلاً اذا ادعى احد في حق من هو اكبر منه سناً او في حق من نسبه معروف بانه ابن لا تكون دعواه صحيحة] .

وفي در المختار دعوى المعروف بالفقر اموالاً عظيمة على آخراته اقترضا منه دفعة واحدة او غصبها منه حالة كونه لم يرث ولم يصب مالاً لا تسمع لانها مستحيلة عادة اما لو ادعاها ثمن عقار كانت له او قال غصب لي مالاً عظيماً كنت ورثته من مورثي المعروف بالغني تسمع . وتسمع دعواه ايضاً بالوكالة والوصايا لأن هذا غير مستحيل عادة وكذا لا تسمع دعواه وبينته . اذا اشار الى فرس سنة ثلاث سنوات وقال هذا الفرس لي نتاجاً منذ عشرة سنوات . وكذا اذا ادعى فرساً وعين وصفه ولونه ثم لما احضر وظهر بانه غير اللون المدعى به أكد المدعى دعواه وقال هذا هو فرسي الذي ادعيت له لا تسمع دعواه وتسمع اذا قال وهذا ايضاً لي وهو غير المدعى به (هندية) . الا اذا كان الفرس المدعى به مشاراً اليه في الدعوى تسمع الدعوى والبيئة فيه ولو اختلف الوصف . وكذا اذا ادعى بمحدد بانه خال من الجدران والاشجار ثم ظهر فيه جدران واشجار مبنية ومغروسة قبل الدعوى فلا تسمع دعواه وبينته .

مادة ١٦٣٠ [يشترط ان يكون المدعى عليه محكوماً وملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى] والا تكون الدعوى عبثاً والعاقلة لا يشتغل بالعبث . [مثلاً لو اعار احد آخر شيئاً وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا من متعلقاته فليعربي لا تصح دعواه] لأن الاعارة تمليك بدون عوض وهي عقد تبرع والشخص لا يجبر على التبرع اذ الرضاء من شروط صحة التمليك . [كذلك لو وكل احد آخر بخصوص وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا جاره وبوكالته انسب فليوكلني لا تصح دعواه لأن لكل واحد ان يعير ماله من شاء وان يوكل بأموره من شاء وبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وامثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم .

وفي رد المختار لو ادعى بالتوكيل على موكله لا تسمع دعواه لان للموكل عزله وان ثبت التوكيل ولا تسمع دعواه اذا قال اشترى وكيلى منك هذا الثوب لي بكذا لان الوكيل يشترى المال لنفسه اولاً والمدعى لا يملك اثبات الملك للغير وكذا ادعى على آخر انك وكيل في تسليم المتاع الذي اشتريته من فلان يتوكيله اياك لا تسمع لانه وان اثبت وكالته لا يلزمه التسليم . وكذا ادعى على آخر انك تريد بيع مالك هذا او بيعت مالك هذا بألف وانا اشترته منك بالفين بمعنى اياه لا تسمع دعواه . وفي الهندية ادعى الورثة بان مورثهم كان اشترى هذه الدار من زيد بمرض موته لا تسمع دعواهم عند الامام الاعظم . وفي البحر متى تمت شروط صحة الدعوى يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعى ولو لم يطلب المدعى استجوابه وللحاكم اجبار المدعى عليه لأعطاء الجواب (هندية) .

* * *

« الفصل الثانى »

(فى دفع الدعوى)

لا تشترط صحة الدعوى لصحة الدفع بناءً عليه يقبل دفع المدعى الصحيح على الدعوى الغير الصحيحة .

مادة ١٦٣١ [الدفع هو الأتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعى] سواء كان قبل الحكم او بعد الحكم . وفي الهندية اذا جاء المدعى عليه بدفع بعد ان اثبت المدعى دعواه ينظر الحاكم فاذا وجد ان الدفع صحيح قبله وامهله لمجلس قادم لأثباته واذا وجد ان الدفع فاسد رده وحكم بدعوى المدعى . ويجب ان يكون الدفع من المدعى عليه لا من اجنبى عن الدعوى او ان يكون من وارث المدعى عليه ومن يقوم مقامه . ويسمع دفع الوارث وان كانت الدعوى على غيره لقيام الوارث مقام المورث حتى لو ادعى احد على احد الورثة بدين في التركة فبرهن الوارث الآخر ان المدعى اقر بكونه . بطلاً في الدعوى تسمع لان احد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين بما لهم وعليهم . وفي جامع النصولين لو استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البائع على المستحق انه باعه من قبل ان يبيعه هو على المشتري يسمع من البائع ولو لم تكن

الدعوى عليه وهذا يؤيد ما جاء في المادة ١١٥ وما يليها من مواد قانون اصول المحاكمات الحقوقية المتعلقة بدخول الشخص الثالث في الدعوى وادخاله لعلاقته بالحكم الذي سيصدر او لا يمكن رجوع المدعى عليه او المدعى بعد الحكم عليه .

وفي الهندية اذا ادعى احد الورثة على آخر بمال انتقل للمدعى ولا خيسه الغائب بالأرث عن ايها فادعى المدعى عليه كون مورث المدعى اقر له بملكيتة بالمدعى به حال حياته يسمع دفعه واذا حضر الوارث الغائب وادعى اقرار المدعى عليه لمورثه بملكيتة المدعى به بعد تاريخ الأقرار المذكور يسمع دفعه لأن الاقرار الاخير هو المعتبر واذا لم يذكر تاريخ للاقرار الاول والثاني يتهاثر او يبقى المال بيد ذي اليد (خانية) .

وفي الهندية ادعى ديناً تركت تصالح مع احد الورثة على مبلغ ثم حضر الوارث الآخر وادعى اقرار الدائن بقبض الدين وبرهن على دعواه بردت دعوى المدعى ولا يسمع هذا الدفع من الوارث الذي عقد الصلح انظر المادة ١٥٥٦

[مثلاً اذا ادعى احد من جهة القرض كذا غروش وقال المدعى عليه انا كنت اديت ذلك او انت كنت ابرأتني من ذلك او كنا تصالحنا او ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك او كنت قد حولتك على فلان بظلمي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني ذلك المقدار عوضه يكون قد دفع دعوا] ولا فرق فيما اذا قال ذلك بعد اقرار المال او انكاره الا اذا كان انكاره الأول يشكل تناقضاً مع اقراره الثاني . قال في الدرر اذا قال المرعي عليه للمدعى لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادعى الايصال لا تسمع ولو ادعى اقرار المدعى بالوصول او الايصال تسمع لأن التناقض لا يمنع صحة الاقرار كما سيأتي مفصلاً في باب التناقض .

[وكذا اذا ادعى احد على آخر بقوله انت كنت قد كفلت ظلمي الذي هو في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعى عليه كان المديون ادى ذلك المبلغ يكون قد دفع دعوى المدعى]

وينتصب الكفيل خصماً عن المدين بهذه الصورة اذ لا يمكنه دفع الدائن الا بها . وفي جامع

الفصولين ادعى احد على آخر بفصل فدفع المدعى عليه دعواه بأنه اخذه بحق نقبل بينة الاخذ لأنه يدفع الرعوى .

[وكذا اذا ادعى احد بالمال الذي في يد غيره بأنه مالي واجاب المدعى عليه بأنك حين ما ادعى هذا المال فلان كنت قد شهدت بدعواه يكون قد دفع دعوى المدعى سواء حكم في الدعوى التي كان شهد بها المـدعى ام لم يحكم .

وكذا اذا ادعى على آخر ضيعة فقال المدعى عليه ان هذه الضيعة هي لأختي وماتت وانحصر ارثها بي واقام البينة على دعواه تسمع . وفي التكملة ادعى داراً بسبب الشراء من فلان فقال المـدعى عليه اني اشتريت من فلان ذلك ايضاً واقام بينته وارخ فقال المـدعى عليه ان دعواك باطلة لان في التاريخ الذي اشتريت هذا الدار من فلان كانت رهناً عند فلان ولم يرض بشرائك وجاز شرائي لأنه كان بعد ما فك الرهن واقام بينته لا يصح .

[كذلك لو ادعى احد من تركة الميت كذا دراهم واثبت دعواه على انكار الوارث ثم ادعى الوارث ان المتوفي كان ادى هذا المبلغ في حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعى]

وفي التتوير اذا ادعى المـدعى بدين فادعى المـدعى عليه الأيصال وعجز عن البرهان وطلب تحليف المدعى فلم يمدعي طلب احضار المال من المـدعى عليه للمجلس ثم تحليفه . وفي الخاتمة ادعى من وارث مالا بسبب دين على مورثه وبرز سنداً بتوقيع مورثه واستند اليه في الدعوى وادعى المدعى عليه بأن المقر له كان رد هذا الاقرار يسمع دفعه وبينته بالأتفاق واذا ادعى الوارث بان اقرار مورثه كان موافقة او تلجئة يسمع دفعه وله التحليف عند البعض اذا اقر المواضعة والتلجئة . وكذا ادعى رجل عقاراً فقال المدعى عليه بعد تصديقه المـدعى بان الملك له او قبل التصديق بان هذا العقار قد اعارنيه او اودعنيـه او اجرنيـه او رهنـيه زيد الغائب يسمع دفعه وتبطل خصومة المدعى له اذا اثبت هذا الدفع بالبرهان وقال الشهود اننا نعرف الغائب بأسمه ونسبه او بوجهه عند الامام الاعظم اما الامام ابو يوسف فقد افتى بذلك اذا كان المـدعى عليه « م ٤٢ »

غير معروف بالخیل والا لا تندفع دعوى المدعي بكلامه هذا وقال محمد تندفع الدعوى اذا قال الشهود نعرف الغائب باسمه ونسبه وبوجهه وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لعدم امكان اثبات الملك للغائب لعدم الخصومة عنه وقال ابن ابى ليلى تندفع بدون بينة لأقراره بالملك للغائب وقد عول الأئمة على رأي الامام محمد وقد سميت خمسة لان فيها قول خمسة علماء ولان فيها خمسة صور وهي الوديعة والأجارة والعارية والرهن والغصب وقد زاد بعضهم على هذه المسائل الخمس ست مسائل وهي قول المدعى عليه وكلني بحفظه او اسكنني فيه او سرقت منه او انتزعت منه او ضل فوجده او هو في يدي مزارعة الا ان المزارعة تلحق بالأجارة والسرقه والانتزاع بالغصب والثلاثة الباقية بالوديعة فتعود المسائل الى خمس . وفي جامع الكبير اذا ادعى نصف المدعي به ملكاً والنصف عارية لا يكون دفع دعوى المدعي على ما جاء في المسائل الخمسة الا في النصف وتبطل في الكل لتعذر التمييز وهذا كله اذا كانت العين المدعي بها قائمة بيد المدعي عليه اما لو كانت هالكة او ادعى المدعي على المدعى عليه الفعل لا الملك بأن قال غصبته مني فلا تندفع الخصومة في الكل لان المدعي عليه بالفعل هو خصم بفعله لا يبيده بخلاف دعوى الملك المطلق فالمدعي عليه خصم بها في يده وكذا اذا كانت العين المدعي بها هالكة فتكون الدعوى بالقيمة ودعوى القيمة تتعلق بالنزعة لا باليد . واذا حضر الغائب وصادق المدعي عليه بدفعه في الوديعة والرهن والاجارة والمضاربة والشركة يرجع المدعى عليه على الغائب وفي الغصب والاعارة لا يرجع . وفي البزاية المقضى عليه بمحاذة لا تسمع دعواه الا ان يبرهن على ابطال القضاء بأن ادعى داراً بالأرث وبرهن وقضى له ثم ادعى المقضى عليه الشراء من مورث المدعي او ادعى الخارج الشراء من فلان ثم برهن المدعي عليه على شرائه من فلان او من المدعي او يقضى على احد بدابة ثم يبرهن على نتائجها عنده .

وكذا ادعى الوارث بأن مورثه كان اودع عند المدعى عليه عشرة ايرات فادعى المدعي عليه بانه كان له ديناً على المورث ودفع المبلغ المذكور من دينه يسمع دفعه وبينته وكذا ادعى بان زيداً اخذ ماله من يده بغير حق وهلك بيده فادعى المدعي عليه بان المال المذكور له في الأصل واخذه بحق يسمع دفعه وبينته وكذا اذا وجد المال بيد الآخر ترجح بينته لأن الطرفين تصادقا على ان المال كان بيد المدعي قبل الأخذ وان المدعى عليه خارج وبينه الخارج راجحة . وفي البهجة ادعى بان المدعي عليه غصب منه ماله واستهلكه وبعد ان انكر المدعي عليه واثبت المدعي

دعواه ادعى المدعى عليه الأخذ باذن المدعى يقبل دفعه وبينته . وفي الهندية طلب المدعى من المدعى عليه تسليم مال زيد له المودوع عند المدعى عليه لأنه وكله بالقبض فادعى المدعى عليه عزل المدعى من الوكالة يسمع دفعه . وفي البهجة ادعى المودع رد الوديعة فادعى الوديع بان المودع كان اذنه بدفعها من غيره وانه دفعها وسلمها يسمع دفعه وبينته .

وفي الهندية ادعى المدعى ديناً فادعى المدعى عليه بان سبب الدين قيمة خمر او ميسر يقبل دفعه . وفي النتيجة ادعى غضب حيواناته وبيعها وتسليمها واستهلاكها فدفعت المدعى عليه دعواه بانه باعها حسب توكيله اياه وقبض ثمنها ودفعه له يقبل دفعه . وفي الهندية ادعى بمال بيد المدعى عليه بانه له وان رجلاً باعه الى المدعى عليه فضولاً فادعى المدعى عليه بان المدعى باعه اياه بالذات او ان البائع كان وكيلاً عن المدعى يقبل دفعه وبينته . وفي الأتقروي ادعى بأرض بيد المدعى عليه انها له فادعى المدعى عليه بان المدعى كان طلبها من آخر للشراء او الاستئجار او الاستيهاج او الاستيداع او المساومة او المزارعة او المساقاة يقبل دفعه واذا قال المدعى بان ذلك الآخر اخذ الأرض مني وتمنع من ردها ولذلك ساومته عليها لا تقبل دعواه ولا توفيقه . وفي الهندية ادعى البيع او الهبة بالاكره فدفعت المدعى عليه دعواه بأن المدعى قبض ثمن المبيع او عوض الموهوب بالطوع والرضاء يقبل دفعه . وكذا الحكم ببيع الولي والوصي . وكذا ادعى بانه اقترض المدعى عليه مبلغاً وطلب اعادته فادعى المدعى عليه بان المال كان ارسل له مع المدعى من آخر وان المدعى كان رسولاً بالتسليم حتى انه اقر بذلك يسمع دفعه وبينته . وكذا ادعى بان المال الموجود بيد المدعى عليه هو له فادعى المدعى عليه بان المدعى كان اقر بان المال المدعى به ليس له يسمع دفعه . وفي الأتقروي ادعى ديناً بذمة المدعى عليه فقال المدعى عليه بانه لم يأخذ منه شيئاً وانه لا يعرفه فبرهن المدعى على دعواه فادعى المدعى عليه بان المدعى كان اقر بقبض المبلغ منه واستيفائه يسمع دفعه لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار . وكذا ادعى ديناً بذمة المدعى عليه فادعى المدعى عليه بقوله لاحق لك قبلي ثم ادعى الاداء بعد ان برهن المدعى على دعواه تسمع بينته ودفعه لأنه لا مكان التوفيق الا اذا زاد كلمة لا اعرفك او ماجرى بيني وبينك معاملة لا يسمع دفعه لتعذر التوفيق . وكذا اذا قبضت الزوجة ما كان اقترضه زوجها من الديون من المدينين فادعى الورثة عليها بحصصهم فادعت بان زوجها كان اقترض هذه المبالغ من مالها حسب وكالته عنها يسمع دفعها وبينتها . وفي النتيجة ادعى غضب ماله فادعى المدعى عليه

اعارة المدعى : للمدعى واستردا . منه يسمع دفعه . وكذا ادعى ديناً فادعى المدعى عليه الأداء وعجز عن الاثبات فادعى البراء يسمع دفعه لعدم التناقض .

وفي الخانية ادعى عيناً فادعى المدعى عليه بان المدعى كان باعها من غائب وبرهن على دفعه يسمع الا انه لا يثبت الشراء للغائب الا اذا شهد الشهود بالبيع والتسليم للغائب . وفي الأتقروى استحق الفرس المباع من المشتري وضبط فدفع البائع دعواه بقوله ان الفرس نتاج عنده او عند بائعه او ادعى شراءه من مدعى الاستحقاق يسمع دفعه . وفي رد المختار ادعى المدعى دعواه فادعى المدعى عليه بان المدعى كان اقر ببطلانها او بكذب شهوده في الشهادة او بانه لاشي له فيه يسمع دفعه . وفي التكملة ادعى المدعى البيع فادعى المدعى عليه اقالة البيع يسمع دفعه .

وكذا ادعى عيناً في يد آخر بانها مرهونة عنده من صاحبها لقاء دين عليه وبرهن على دعواه فادعى المدعى عليه شرائها من صاحبها يسمع دفعه وبينته . وفي رد المختار ادعى ديناً على آخر قدره اربعمائة قرش فأنكر المدعى عليه دعواه وبعد اقامة البينة اقر المدعى بانه مديون الى المدعى عليه بثلاثمائة قرش تسقط الثلاثمائة عن المدعى عليه عند بعض الفقهاء ولا تسقط عند البعض الآخر لأن ذمة المدعى عليه غير مشغولة على زعمه وعليه الفتوى . وفي البهجة ادعى بانه دفع رشوة مبلغ طلب استرداده فادعى المدعى عليه بان المبلغ سلم له من المدعى ليسلمه لآخر وانه سلمه للمرسل اليه حسب امر المدعى يسمع دفعه . اما اذا ادعى المدعى بانه اخذ من آخر ودیعة وهلك في يده وادعى الآخر بان المقر كان اغتصبها منه تطلب البينة من مدعى الايداع فاذا عجز عنها يحلف مدعى الغصب على انه لم يسلمه المال ودیعة فاذا نكل ثبتت الودیعة وبطل الضمان والا يضمن لان المقر اقر بالمال وادعى الأخذ بالاذن وهذا يحتاج الى البرهان .

اما لو ادعى بان المال سلم له ودیعة وتلف وادعى المقر له البيع فالقول قول المقر (هندية) .

دفع الدفع

ويسمع دفع الدفع ولو تكرر ولو زاد عن ثلاث درجات فيسمع الدفع ودفع الدفع من المدعى او المدعى عليه حتى ولو طعن بالشهود . وفي البحر ادعى الملك المطلق وبعد ان ادعى المدعى عليه البيع ادعى المدعى الاقالة يكون قد دفع دفع المدعى عليه . وفي التكملة ادعى عليه داراً في يده ارباً او هبة فبرهن المدعى عليه على انه اشتراها منه وبرهن المدعى على اقالة البيع صح دفع الدفع .

وفي البهجة ادعى عليه عقاراً في يده فبرهن المدعى عليه على انه اشتراه منه بتاريخ وبرهن المدعى على اقرار المدعى عليه بعد التاريخ المذكور بأن لاحق له في العقار المذكور صح دفع الدفع .

وفي الهندية ادعى عليه مالا في يده فادعى المدعى عليه بايداع المدعى به له من آخر فأقر المدعى له بالايداع وادعى بان المودوع وبه له بعد ذلك يسمع دفع دفعه وكذا ادعى الصبي بعد البلوغ بعقار في يد مشتري كان ابتاعه من وصيه وهو صغير بدون مسوغ شرعي فادعى المشتري بأن الوصي كان باعه اياه بسبب دين ثابت على الصغير فأقر له المدعى بدفعه هذا وعلى وجود مال منقول له حين البيع كالفوفاء الدين صح دفع دفعه . وفي فتاوى علي افندي ادعى عليه عقاراً في يده اخذه منه غصباً فادعى المدعى عليه بأن المدعى كان ابراً ذمته من جميع الدعاوى بتاريخ وكذا وبرهن المدعى بان المدعى عليه اقر له بعد تاريخ الابراء المذكور بالعقار المدعى به صح دفع دفعه . وفي البهجة ادعى عليه وديعة في يده فبرهن المدعى عليه على انها تلفت بدون تعذر ولا نقصير وبرهن المدعى على اقرار المدعى عليه بوجودها في يده بعد التاريخ المذكور صح دفع دفعه . وكذا ادعى عليه ديناً فبرهن المدعى عليه ان المدعى ابراً من الدين المذكور فبرهن المدعى على رد المدعى عليه هذا الابراء واقاراره ببقاء المبلغ المذكور في ذمته صح دعواه وفي فتاوى علي افندي ادعى عليه ديناً فبرهن المدعى عليه على ابراء المدعى اياه من الدين المذكور فادعى المدعى بأن الأبراء وقع مواضعة وفسر المواضعة واثبت دعواه تسمع . وفي الهندية ادعى عليه قرضاً فادعى المدعى عليه الابراء وبرهن على دعواه بعد انكار المدعى فادعى المدعى اقرار المدعى عليه ببقاء الدين المدعى به بذمته بعد تاريخ الابراء المذكور واثبت دعواه تسمع اما اذا قال المدعى دفعاً لدفع المدعى عليه انت اقررت ببقاء المبلغ المدعى به بذمتك بعد ان ابرأتك منه لا يسمع دفعه . وكذا اذا ادعت الزوجة مهرها من زوجها فبرهن الزوج على ابرائها له من المهر فادعت بأنه اقر لها ببقاء المهر بذمته بعد تاريخ الابراء المدعى به يسمع دفعها (علي افندي) .

ويسمع الدفع بعد الحكم ايضاً فقد ورد بالتنقيح ادعى مالا بأنه ترك له من مورثه فبرهن على دعواه بعد انكار المدعى عليه وبعد صدور الحكم ادعى المدعى عليه شراء المال المدعى به من مورث المدعى واثبت دعواه استرد المال من المدعى راجع المادة ١٧٥٨ . وكذا ادعى مالا في يد غيره وبرهن على شراؤه من زيد منذ سنة وبعد الحكم ادعى المدعى عليه شراء المال المدعى به من نفس البائع قبل سنتين وبرهن على دعواه يقضي له ويسترد المدعى به . وفي هامش البهجة

ادعى ديناً في ذمته فادعى المدعى عليه الأداء لو كيل المدعى وبعد العجز حلف المدعى على عدم التوكيل وحكم له بالمبلغ المدعى به فقبضه ثم برهن المدعى عليه على التوكيل استرد ما كان دفعه للمدعى . وفي فتاوى علي افندي ادعى الورثة ديناً لمورثهم بذمته فادعى الاداء وحلف الورثة على عدم العلم وبعد الحكم والدفع برهن على الدفع يقضى له ويسترد مادفعه . وفي البازية ادعى كرمًا في يده فادعى المدعى عليه بيع الكرم المدعى به له من المدعى وحلف المدعى على دفعه هذا وبعد الحكم والتسليم وبيع الكرم من المدعى لآخر برهن المدعى عليه على دفعه يقضى له به ويسترد الكرم . وكذا ادعى كفالة المدعى عليه لمدينه فأقر المدعى عليه بالكفالة وسكت وبعد الحكم برهن المدعى عليه على اقرار المدعى بقبض الدين من المدين يسمع دفعه ويحكم له باسترداد مادفعه ولا يصلح الدفع بعد الحكم في بعض المسائل فلا يقبل دفع المدعى عليه بعد الحكم اذا قال بأن المدعى كان اقر بأن لاحق له بالعقار المدعى به (تكملة) .

اما المسائل التي لاتعد دفعاً مشروعاً فهي : اذا قال الخارج ان هذا المال هو لي وقد ورثته عن ابي وقال واضع اليد هو لي وقد اشتريته من فلان فلا يكون قد دفع دفع الدعوى ويحكم عليه بتسليمه بعد البيئة . وكذا اذا ادعى على ذي اليد فملاً لم تنه احكامه بأن ادعى الشراء منه بألف ولم يذكر انه نقد الثمن ولا قبض منه المبلغ فأقام الذي في يده البيئة انه لفلان الغائب اودعنيه او غصبته منه تدفع عنه الخصومة وان ادعى عليه عقداً انتهت احكامه بأن ادعى انه اشترى منه هذه الدار ونقده الثمن وقبض منه المبيع ثم اقام المدعى عليه بينته انها لفلان الغائب اودعنيها اختلفوا فيه فقال بعضهم تدفع الخصومة وهو الأصح (خانية) . وكذا رجل ادعى على آخر جارية انه باعها منه فقال لم ابعها منك قط فأقام المشتري بينته على الشراء ثم وجد بها اصبعاً زائدة واراد ردها فأقام البائع بينته على برائته من كل عيب لا تقبل بينته خلافاً لأبي يوسف فانه قال بقبولها . وكذا ادعى ارثاً له ولأخيه فقال المدعى عليه انك اقررت ان أخاك باعه مني وسلم وهذا اقرار منك بان الملك لأخيك قيل لا يندفع لأنه لم يقر ان اخاه باع بيعاً جائزاً لكن اقر بالبيع فقط ومن اقر ان فلاناً باعه ثم ادعى انه ملكه يسمع الا اذا اقر انه باع بيعاً جائزاً صحيحاً فحينئذ لا يسمع وقيل لو باع والدار بيده وقت البيع او قال باع وسلم فهذا يكفي لأنه يدل على الملك ولو برهن ذو اليد على اقرار الوصي بأنه باعه وصاية لا يقبل الا ان يشهدوا انه وصي من جهة المورث او القاضي اذ الوصاية لا تثبت باقراره . وفي الهندية ادعى بأن

المال له وانه اشتراه من المدعى عليه حتى ان المدعى عليه كان اقر له بالبيع فادعى المدعى عليه بأنه اقر مكرهاً لا يسمع دفعه لا مكان وقوع البيع طوعاً والاقرار كرهاً واذا ادعى المدعى عليه وقوع البيع والاقرار كرهاً يسمع دفعه وبينته . وفي الهندية ادعى ديناً من جهة الكفالة فحضر الأصيل ودفع دعوى المدعي بمدم لزوم الدين عليه يرد دفعه وكذا ادعى عيناً من كفيل فادعى الكفيل بأن اصل الدين ناشئ عن ثمن خمر لا يقبل دفعه الا اذا اقر به المدعي ولا يسمع دفع الكفيل بأن الدين ثمن خمر حتى ولو ادعى اقرار المدعي بذلك راجع المادة ٦٤٣ . وكذا في الهندية ادعى الكفيل بعد الاداء على مكفوله بما دفعه عن ذمته فادعى المكفول بغياب الدائن بأن الدين ثمن خمر او قمار او ثمن ميتة لا تسمع دعواه ويكلف لاقامة هذه الدعوى بوجه دائنه واذا حضر الدائن واقر بما يدعيه المديون تبرأ ذمة الأصيل والكفيل . وفي الخانية ادعى عليه اخذ ماله فادعى المدعي عليه بان المدعي كان اقر بأن غيره اخذ المال المدعى به منه لا يسمع دفعه لا مكان رد المال من الآخذ الأول واخذه من الآخذ الثاني . وكذا في الخانية ادعى عليه مالا فأنكر المدعى عليه دعواه واعطاه اياه او صالحه عن دعواه ثم اراد اقامة البرهان على ان المدعى عليه كان قبل قبض المال او قبل الصلح اقر له بان لا حق له قبله لا يسمع دفعه ويبقى الصلح على حاله واذا اراد اقامة البرهان على ان المدعى عليه كان بعد القضاء او بعد الصلح اقر بأنه لا حق له قبله يقبل دفعه وبينته وبطل الصلح والقضاء وكذا تسمع بينة الدافع قبل الحكم اذا برهن على الأقرار قبل الصلح .

مادة ١٦٣٢ يصير المدعي بدفع الدعوى مدعى عليه والمدعي عليه مدعى (بحر) . بناءً

عليه [اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه تندفع دعوى المدعي] ويثبت دفع الدعوى باقرار غير المدعي بناءً عليه اذا ادعى المدعي ديناً من ذمة آخر فادعى المدعي عليه اداء الدين لأخ المدعي ووكيله بالقبض فأقر المدعي بالوكالة وانكر القبض وحلف اليمين على عدم العلم وبعد الحكم حضر الوكيل واقر بالقبض يقضي للمدعي عليه بدفع الدين باقرار الوكيل (تكملة) . لذلك فالدفع يثبت باقرار المدعي وباليمين وبنيكول المدعي وباقرار الشخص الآخر في بعض المسائل .

[والا يحلف المدعي اصلاً بطلب صاحب الدفع فأن نكل المدعي عن اليمين يثبت

دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الأصلية [. وفي التنازع خاتمة يكلف المدعى عليه لا ثبات دفعه قبل تصحيح دعوى المدعى اذا كانت الدعوى غير صحيحة على القول المختار . ولا بد في اصل الدعوى من وجود احتمالين الاحتمال الأول هو ان يتضمن دفع الدافع اقراره بدعوى المدعى فاذا لم يثبت الدافع دفعه وحلف خصمه اليمين يحكم عليه حسب اقراره كما هو صريح مثال هذه المادة لان المدعى عليه بقوله دفع لك مطلوبك يكون قد اقر بدعوى المدعى ويحكم عليه حسب اقراره والاحتمال الثاني هو ان لا يتضمن دفع الدافع اقراره بدعوى المدعى مثلاً ادعى عليه ديناً فادعى المدعى عليه ابراء المدعى له من دعوى الدين المذكور يكلف لاثبات دعواه فاذا عجز وحلف المدعى على عدم البراء يكلف المدعى لاثبات دعواه لأن الادعاء بالبراء من الدعوى لا يكون اقراراً بالدين (فيضية وبحر) . واذا دفع المدعى عليه دفعاً وطلب امهاله لاثباته يمهل ثلاثة ايام فقط جلب شهوده ولا يمهل اكثر من ذلك اذا لم يرض المدعى وكذلك الحكم بدفع الدفع .

مادة ١٦٣٣ [اذا ادعى احد على آخر طلباً كذا دراهم وقال المدعى عليه انا كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة واثبت المدعى عليه قوله هذا حال كون المحال عليه حاضراً يكون قد دفع دعوى المدعى وخلص من مطالبة [ويطلب المدعى المبلغ من المحال عليه [وان لم يكن المحال عليه حاضراً يكون دفع المدعى موقوفاً الى حضور المحال عليه [وتؤخر الدعوى لحضور المحال عليه ومتى حضر اثبت المدعى عليه دفعه وخلص من دعوى المدعى لأن الغائب لا يقضى عليه بغيابه وبدون حضر من يقوم مقامه وهذا مخالف لما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية بعد نشر الدليل واعلانه اذ صار من الممكن الحكم على الغائب للاستغناء عن الوكيل المسخر .

« الفصل الثالث »

(في بيان من كان خصماً ومن لم يكن)

الخصومة تنقسم الى ثلاثة اقسام القسم الأول الخصم المنفرد وهو الذي خصومته لا تحتاج لحضور غيره وهو :

١ كل من يترتب على اقراره حكم فهو خصم بحال الأُنكار ٢ واضع اليد على العين ٣ المشتري الذي قبض المبيع هو خصم بالنسبة للمستحق ٤ أحد الورثة خصم بما تركته وما عليها ٥ أحد العامة خصم بالدعوى التي يرجع نفعها للعموم كدعوى الطريق العام ٦ الخصم بالدعوى بالعين المشتركة بين قريتين اهلها قوم غير محصور هو أحد اهالي كل من القريتين ٧ أحد الشركاء بالمال المشترك بغير الأثر خصم عن الآخر

القسم الثاني الخصم بحضور غيره اي الذي خصومته تحتاج لغيره وهو :

١ المسائل الخمسة راجع المادة ١٦٣٧ ، ٢ الدعوى من المشتري غير القابض تقام بحضور بائعه ٣ الدعوى من الشفيع على المشتري غير القابض تقام بحضور البائع او واضع اليد ٤ اذا ادعى المدعى بأن العقار الذي في يد المدعى عليه هو للغائب فلان وان المدعى عليه اشتراه منه وانه شفيع به وطلبه بالشفعة فادعى المدعى عليه بان المال له ولم يشتره من أحد فهذه الدعوى يشترط حضور الغائب عند الامامين (هندية)

القسم الثالث الذين لا يكونون اخصاماً اصلاً وهم :

١ الشخص الذي لم يكن واضعاً يده على العين المدعى بها ٢ الوديع للمشتري ٣ الوديع للدائن المودع ٤ مدين الدين للدائن ٥ مشتري المشتري للبائع ٦ المستأجر للمستأجر ٧ المستأجر للمرتهن ٨ الوكيل بالاقتراض للمستقرض ٩ الدائن للدائن آخر ١٠ أحد الشركاء لا يكون خصماً بالمال المشترك بينه وبين شركاء آخرين بحال منشأه غير الارث ١١ دعوى النهر والمرعى وما يعود نفعه للعموم بين قريتين اهل كل واحدة منهما قوم محصور لا يكون أحد الاهالي خصماً بها .

مادة ١٦٣٤ [اذا ادعى أحد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم

بتقدير افراده يكون بأنكاره خصماً في الدعوى واقامة البينة وان كان لا يترتب حكم على اقرار المدعى عليه اذا اقر لم يكن خصماً بأنكاره [. وكذا من ادعى مالا على غائب فأراد ان يقيم البينة على رجل حاضر فالحاضر ينتصب خصماً عن الغائب اذا كان ما يدعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا بأثبات ذلك على الغائب فلو ادعى عينا في يد رجل وبرهن على ذي اليد انه اشتراها من فلان الغائب فحكم الحاكم على ذي اليد الحاضر كانت ذلك حكماً على الغائب ايضاً حتى ولو حضر وانكر لا يعتبر لأن الشراء من المالك الغائب سبب للملك لا محالة . وفي الأتقوى قد لا يكون الانسان خصماً في البينة ولا في اليمين ولو اقر به لا يجبر ولكن لو دفع جاز مكن ادعى انك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فأقر المشتري بالشراء والوكيل غائب لا تقبل بينة المدعي على انه كان وكيله بالبيع ولا يحلف به ولو اقر لا يجبر عليه ولكن لو دفع له الثمن جاز . وقد لا يكون خصماً لا في البينة ولا في اليمين ولكن لو اقر به يجبر عليه مكن ادعى عبداً في يد رجل فأنكر دعواه فصالح رجل المدعي على دراهم دفعها اليه على ان يكون العبد له ثم اقام المصالح البينة بوجه ذي اليد على ان العبد كان للمدعي لا تقبل بينته ولا يحلف ذي اليد في هذه الدعوى ولكن اذا اقر يؤمله بدفع العبد الى المصالح ويكون المصالح بمنزلة المشتري . وقد يكون خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة مكن اشترى عينا وقبضها ثم اقر بانها لغير البائع ودفعها الى المقر له ثم طلب الثمن من بائعه واراد اقامة البينة على ان المبيع كان للمقر له لا تقبل بينته وله ان يحلف البائع بان المبيع ما كان للمقر له فأن نكل البائع رد الثمن . وقد يكون خصماً في البينة دون اليمين كالوكيل اذا اراد رد المبيع لعيب قديم فيه فقال البائع رضي الموكل به تقبل بينته وليس له تحليف الوكيل وكذا الوكيل بطلب الشفعة تقبل عليه البينة بأن الموكل اسقط حقه ولا يحلف ومنها ادعى عبيدين في يد رجل فأنكر ثم صالحه عن دعواه على احدها ثم اقام البينة ان العبدين له يأخذ الآخر وليس له تحليف ذي اليد اليمين . وكذا للأب وللوصي اقامة البينة بما للصغير وعليه وعليها سماع البينة ولا يكلفوا اليمين ولا يحكم عليهم بنكولهم . وكذا اذا كانت التركة مستغرقة بالدين كلها او اكثر مما ادعى به وادعى مدعى آخر على الميت ديناً وعجز عن البينة فليس له تحليف الغرماء اصلاً وليس له تحليف الورثة اذا كانت التركة مستغرقة بالدين لعدم الفائدة من اقرارهم بحق الغير .

[مثلاً إذا اتى أحد من ارباب الحرف وادعى على أحد بقوله ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني اعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصماً للمدعي اذا انكر لأنه يكون مجبوراً على دفع ثمن المبيع وتسليمه عند اقراره وتسمع دعوى المدعي وبينته على هذا الحال] لأن حقوق العقد في الرسالة تعود الى المرسل لا الى الرسول فاذا اقر المدعى عليه بأرسال الرسول الزم بدفع الثمن . وفي النتيجة ادعى عليه بان مدينه اعطاه الف قرش . ليسلمها له فانكر المدعي عليه الدعوى يكلف المدعي للبينة . وفي الأتقوى اذا كان النسب مما يثبت باعتراف المتداعيين كأخوة فالمدعي خصم اذا ادعى حقاً والا فلا . وكذا ادعى بأن المدعى عليه امره بدفع دينه لدائنه فدفعه عنه وطلب الرجوع عليه فأنكر المدعى عليه دعواه يكلف المدعي لأقامة البينة واذا ادعى بأن وكيله او وليه او وصيه باع المال وسلمه وتوفي قبل قبض الثمن وطالب المدعي عليه بالثمن مسألة مختلف فيها من حيث صحة الخصومة . واذا اشترى مالاً ثم قبل ان يستلمه غصب من غاصب فاذا كان المشتري نقد البائع الثمن او كان الثمن مؤجلاً فالمشتري خصم في الدعوى على الغاصب والا فلا .

[واما اذا ادعى المدعي بقوله ان وكيلك بالشراء اشترى وانكر المدعى عليه فلا يكون خصماً للمدعي لما انه لو اقر لا يكون مجبوراً على دفع الثمن للمدعي وعلى هذه الحال لا تسمع دعوى المدعي] .

في اطلاق ذلك نظر وكان ينبغي تقييده فيما لو اضاف الوكيل الشراء لنفسه لتعود حقوق العقد اليه على ما مر في المادة ١٤٦١ لأن الموكل اذا اضاف العقد الى موكله يكون في حكم الرسول . وفي البزازية عن ابي يوسف فبمن ادعى على ذي اليد داراً ان الغائب اشتراها منك لأجلي فأنكره ذو اليد تقبل بينة المدعي عليه . وفي الهندية ادعى على ذي اليد مالاً ان الغائب اشتراه منك بالوكالة عني فأنكره ذو اليد لا تقبل بينة المدعي ولا يكلف المدعي عليه لحلف اليمين واذا ادعاه على ذي اليد بأنه اشتراه من وكيل المدعى عليه او من وصيه حينما كان صغيراً تسمع دعواه وبينته . وكذا في الهندية ادعى دابة على ذي اليد بان شريكه الغائب اشتراها من المدعي عليه بمال التركة فادعى المدعي عليه بان الغائب امره بأخذ المبيع لمدينة كذا

وبرهن على دعواه تقبل بينته وبرهانه . وفي الخانية ادعى على ذي اليد غيناً انه كان اشتراها من غائب فلا يجبر المدعي عليه لتسليم تلك العين ولو اقر للمدعي بدعواه .

[والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فانه اذا ادعى احد على مال اليتيم او مال الوقف بأنه مالي فلا يترتب على اقرار الولي او الوصي او المتولي حكم لأنه ليس بنافذ واما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته] ولا يتوجه اليمين عليهم اذا كان لا بينة للمدعي لأن النكول عن اليمين اما اقرار او بذل والوصي والولي ليس لها ذلك ويكفي حضور الولي والوصي بالداوي المقامة عليها ولا يشترط حضور الصغير دليلاً كان المدعي به او عيناً اما لو ادعى على الصبي غصباً او استهلاكاً فيشترط حضور الصغير مع ابيه او وصيه لأن الصبي موأخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه واذا كان لا بينة للمدعي على دعواه فلا يشترط حضور الصغير لمجلس القاضي لأنه لو حضر لا يتوجه عليه اليمين ولا يقضى بنكوله . وكذا المتولي فلا يترتب على اقراره حكم ولا ينفذ اقراره على جهة الوقف ولا يكلف المتولي لحلف اليمين اذا عجز المدعي عن اثبات دعواه سواء كان المدعى به عيناً كالعقار والحيوان الموقوف او تقوداً موقوفة او ديوناً ولا تسمع دعوى الكذب بالأقرار بما وقع الاقرار به لجهة الوقف ولا يكلف متولي الوقف لحلف اليمين على عدم كذب المدعي باقراره .

[ولكن بغير اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منهم مثلاً لو باع ولي الصغير ماله بمساغ شرعي كضرورة النفقة والدين الثابت ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر اقراره] ويحلف اليمين اذا انكر دعوى المدعي ويقضى عليه بنكوله . يستثنى من ذلك عقد النكاح فاذا زوج الأب بنته حسب ولايته ثم انكر النكاح فلا يحلف ولا يحكم بنكوله اذا عجز المدعي عن البرهان الا الأمامان فقد قالوا بتحليفه على عدم تزويج بنته الصغيرة (بحر) . وقد ورد في هذه المادة قيد يفيد لزوم وجود المسوغ الشرعي لبيع الولي وهذا مخالف لما ورد في المادة ٣٦٥ من المجلة اذ ورد في تلك المادة ان الأب واب الاب لهم بيع مال الصغير بمسوغ وبدونه وعندي ان الولي المقصود في هذه المادة هو غير الأب والجد . وكذا اقرار متولي الوقف ونكوله معتبر اذا كان العقد ناشئاً عن فعله ومباشرته .

مادة ١٦٣٥ [الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط] او نائبه وما كل ماهو

ذو يد خصم للمدعي بدعواه فلا بد من اثبات اليد بالبينه . واذا اشترى شيئاً فوجده في يد غيره قيل ان ينقد الثمن فادعى عليه لا تسمع دعواه لأن المشتري ليس له استلام المبيع قبل دفع الثمن وفي المنقى رجل باع من آخر داراً ولم يقبضها المشتري حتى غضب رجل الدار من البائع فان كان المشتري نقد الثمن فهو الخصم في الاسترداد والا فالخصم هو البائع مالم يكن قد وكله البائع بالقبض لأن الوكالة تعتبر اجازة بالقبض اما لو كان المشتري قد دفع الثمن او كانت الثمن مؤجلاً فله ان يقبض المبيع بدون اذن البائع وليس للبائع حبس المبيع

[مثلاً اذا غضب احد فرس الآخر وباعه لشخص آخر واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد] ولا يدعيه من الغاصب الا اذا كان المال في يده لأن الخصم بالمال المغصوب المباع هو البائع فقط قبل التسليم والبائع والمشتري بعد التسليم ولأن المال المغصوب اذا سلم للمشتري وأدعى على البائع وحده فقط لا يمكن اخذه منه . وفي الهندية ادعى عليه مالا فأقر به وغاب ثم ادعى آخر به فيجب عليه ان يدعيه على ذي اليد لا على المقر له . وفي البحر اغتصب دابة من آخر فادعاها رجل واخذها بعد البرهان ثم ادعاها المغصوب منه يجب عليه ان يدعيها من ذي اليد . وفي الأقروى غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصماً للمالك حتى ان من ادعى مالا في يد رجل انه ملكه غضبه منه فلا تسمع دعواه هذا الرجل من فلان واقام على ذلك بينته تسمع دعواه . وفي جامع الفصولين المودع او الغاصب لو مقرأ لا ينتصب خصماً للمشتري وينتصب خصماً لو ارث المودع او المغصوب منه حتى لو ادعى رجل انه وارثه والمودع او الغاصب مقر بالمال لكنه قال لا ادري امات فلان او لا او قال لا ادري انك وارثه فبرهن على الموت او الوراثه تقبل هذا لو مقرأ اما لو انكر وادعى الملك لنفسه فانه ينتصب خصماً للمدعي الشراء [اما] دعوى الفعل فانها تقام على غير واضع اليد كدعوى تضمين قيمة المال المغصوب فانها تقام على الغاصب ولو كان ليس بذي يد مثلاً [اذا اراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب] . وفي البزازية لو باع دار غيره وسلمها فادعى المالك على البائع ان ادعى الدار لا يصح لأنها ليست في يده وان اراد تضمينه

فعلى الخلاف المعروف اذ تصيح الدعوى عند من قال بتضمن العقار المغصوب ولا تصح عند من تفاه وان اراد اجازة البيع واخذ الثمن له ذلك بالشرائط المذكورة في اجازة بيع الفضولي . وهذا الحكم في المال اذا كان موجوداً بيد المشتري اما اذا كان هالكاً فللمالك تضمين البائع الغاصب او المشتري غاصب الغاصب راجع المادة (٩١٠) .

مادة ١٦٣٦ اذا ظهر مستحق للمال المشتري وادعاه ينظر الى ان المشتري هل كان قبضه ام لا فان كان قبضه يكون هو الخصم فقط في الدعوى والشهادة ولا يشترط حضور البائع [سواء كان البيع صحيحاً او فاسداً لأن المشتري مالك وذو يد . وفي الهندية ادعى عقاراً من ذي يد بأنه له اشتراه من زيد قبل شهر واثبت دعواه بالبينه فادعى ذو اليد بأنه اشتراه من زيد قبل عشرة ايام ينقض البيع الثاني ويحكم للمدعي بالعقار اندعى به ويؤخذ الثمن منه ويحفظ للبائع اذا لم يقد البرهان على نقد الثمن وكذا الحكم في هذه الدعوى اذا اقيمت على المشتري في مدة خياره اذا كان مخيراً بالشرط وهذا مقيد بالدعوى المقامة باستحقاق العين المبيعة اما اذا اراد المستحق طلب قيمة المال المباع فله اقامة الدعوى بها على البائع فقط او على البائع والمشتري اذا كان المبيع هالكاً . وفي الهندية وهب داراً وسلمها فادعى المستحق انها له فالخصم بدعواه ذو اليد فقط (هندية) .

[وان كان ما قبضه من البائع يلزم حضورهما حين الدعوى والشهادة حيث ان المشتري مالك والبائع ذو اليد] اذا كان البيع صحيحاً واذا كان فاسداً فالخصم هو البائع فقط راجع المادة ٣٧١ . واذا قال المدعي لا بينة لي واستحلفها فحلفا منع المدعي من معارضتها واذا نكلا يسلم المبيع للمدعي واذا حلف البائع ونكل المشتري يعطي المشتري الثمن الى البائع ويرد المال للمدعي واذا حلف المشتري ونكل البائع يعطي البائع قيمة المبيع للمدعي الا اذا اجاز المالك المدعي البيع فانه يأخذ الثمن (هندية) . وكذا الأخذ بالشفعة نظير الاستحقاق فالخصم للشفيع قبل التسليم هو البائع والمشتري والمشتري فقط بعد التسليم . وفي البحر من اشترى شيئاً باختيار فادعاه آخر يشترط حضور البائع والمشتري والمشتري باطلاً لا يكون خصماً للمستحق فاذا ادعى المستحق عليه قبل التسليم فالخصم البائع فقط واذا ادعى المستحق بعد التسليم فالخصم

هو البائع والمشتري الأول بملكه والثاني بيده . وفي البزاية لو باع من آخر شيئاً فادعى ثالث ان البائع كان آجره منه او رهنه قبل البيع لا يقبل حتى يحضر البائع فاذا حضر وبرهن عليه يقبل . وكذا ادعى عقاراً في يد آخر بأنه جار بوقف زيد وانه استأجره من متولي الوقف عمرو فادعى المدعى عليه بأن العقار جار بوقف بكر وانه استأجره من خالد يشترط في الدعوى حضور متولي الوقف .

واعلم ان الحكم بدعوى الاستحقاق على ذي اليد حكم عليه وعلى من تلقى الملك منه فلا تسمع دعوى الملك من البائع بل دعوى التنازع ودعوى تلقي الملك من المستحق بأن يقول البائع حين رجوع المشتري عليه بالثمن انا لا اعطي الثمن لأن المستحق كاذب اذ ان المبيع نتج في ملكي او ملك بائعي فتسمع دعواه بحضور المشتري وببطل الحكم ان اثبت وتسمع دعواه ايضاً اذا قال اشتريته من المستحق ثم بعته منك وقد اختلف بلزوم حضور المستحق في هذه الدعوى فن الفقهاء من شرط حضوره ومنهم من لم يشترط فالأظهر حضوره والأرفق بالناس عدم حضوره لأن امر الرجوع بالثمن يعود للمشتري

مادة ١٦٣٧ [يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن] والغاصب والمغضوب منه [معاً عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والارهنون على المرتهن] والمغضوب على الغاصب ولا يكفي بخصومة ذي اليد وحضوره لأن يده ليست بيد خصومة بل يد امانة او يد ضمان سواء كان المال عقاراً او منقولاً (بحر) . وكذا في البحر اذا ادعى المدعى عليه بأن نصف ما هو بيده له والنصف الآخر امانة لآخر يستحضر المودع في الدعوى لعدم امكان التمييز . وفي الهندية يشترط حضور المزارع في دعوى الضياع ان كان البذر من المزارع والا فلا الا اذا كان البذر من غير المزارع وثبت فإنه يكون بحكم فيما اذا كان من المزارع وهذا في دعوى الملك المطلق اما اذا ادعى فعل الغصب على آخر يكفي لصحة الدعوى حضور المدعى عليه دون المزارع . وفي الخانية آجر دابته من رجل ثم آجرها من آخر وسلم فجاء الآخر واراد ان يقيم البينة على الأجرة تقبل بينته ان كان الآجر حاضراً والمؤجر مقرأ بأجرة الأول لأن الأجرة الاولى تمنع الثانية وان كان الآجر غائباً لا تقبل بينة الأول على الثاني لأن يد الثاني يد

امانة ولو آجر ثم باع وسلم وادعى المستأجر على المشتري تسمع دعواه وبينته لأن المشتري مالك لا أمين وكذا رهن ثم باع وسلم فالمشتري خصم للمرتهن بثبوت دعوى الرهن واسترداد المهرهون وفي البحر والهندية يشترط بدعوى الوكالة للحفظ ودعوى الأمكان ودعوى السرقة ودعوى الأخذ حضور صاحب المال . وكذا اذا قال المدعي عليه ان هذا المال لفلان وقد اضاعه ووجدته فيشترط بهذه الدعوى حضور من قيل ان المال له وكذا المزارعة لأن يد السارق والأمين والمزارع والساكن والأخذ تعود الى الأمانة او الغصب وفي ذلك لا بد من حضور صاحب العين في الدعوى . وفي الهندية اذا ادعى الاستحقاق في مال المضاربة فالخصم بمقدار الربح فقط هو المضارب واذا كان لاربح في المضاربة او كانت الدعوى على رأس المال فيشترط فيها حضور رب المال

وقد اشترط حضور صاحب العين ورب المال فيما ذكر من المسائل لأن المدعي يريد اثبات كون المال له واسترداده وهذه الدعوى تؤثر على ملك ذي العين لا على ذي اليد ولأن المدعي يريد ازالة ملكية صاحب العين منها لذلك فهو المدعى عليه وحضوره شرط على ما جاء في المادة ١٦١٨ . ولا بد لدفع الخصومة من اثبات احدى هذه المسائل واذا اثبت المدعى عليه دفعه بأن المال عنده امانة لفلان بالبينة فلا تقبل البينة الا اذا شهدت بالأمانة اما اذا شهد الشهود بملكية الغائب لا تقبل شهادتهم لان واضع اليد لا يمثل الغائب وليس له اقامة البينة نيابة عنه واذا حضر الغائب وادعى بان يده يد امانة عن ثالث ورابع يسمع دفعه (هندية) . وثبتت دعوى المدعى عليه باقرار المدعي بالوديعة والغصب وبتصديق المالك اذا حضر وصادق المدعي عليه واذا قال المدعى عليه هي لولدي الصغير لا تندفع خصومته لأنه خصم في الدعوى ولو كان صادقاً بقوله . وثبتت دعوى المدعى عليه الأمانة والغصب بنكول المدعي عن ائمين على عدم العلم . ويشترط لصحة الدفع بأحدى المسائل الخمسة ثمانية شروط وهي : (١) تسمية الغائب وتعيينه بالدعوى والشهادة وفي الثانية لا يسمع قول المدعى عليه اذا قال هذا المال اودع عندي من شخص لا اعرفه ولا يسمع دفعه وان عين الغائب والشهود لم يعينوه لأن مكان كون المدعي نفسه هو المودع الا اذا قال الشهود اودعه عنده رجل لا نعرفه الا وجهاً او شهدوا بأقرار المدعي على ذلك تقبل شهادتهم عند الأمام (بحر)

(٢) يجب اثبات الايداع قبل الحكم فلا تسمع بينة المدعى عليه بعد ان ثبت عجزه وحكم

للمدعي بدعواه الا ان ذلك لا يحل بحق المالك المودع . وفي الهندية ادعى المدعى عليه الوديعة من غيره وغاب شهوده فأقام المدعي شاهداً واحداً على ملكيته ثم ظفر المدعى عليه بالشهود نقبل بينته .

(٣) يجب ان لا يدعي المدعى عليه ملكية المدعى به نفسه وفي البحر اذا ادعى المدعي الملك المطلق او الملك المقيد بالشراء الصحيح او الشراء الفاسد وبعد ان انكر المدعى عليه دعواه اثبتها المدعي ثم ادعى المدعى عليه شراء المدعى به من غير المدعي لا تسمع دعواه . وفي الهندية اذا ادعى المدعي ملكاً فادعى المدعى عليه بأنه باعه من غيره وسلمه اياه ثم استودعه منه لا ترد خصومة المدعي بذلك الا اذا صدقه المدعي لأن المدعى عليه اقر بخصومة المدعي باقراره المالك والتصرف الحادث لا يخرج من الخصومة . وفي مجمع الأنهر اعي الملك بسبب الشراء من زيد بتاريخ معلوم فادعى المدعي عليه الملك بالشراء من زيد بغير التاريخ المدعي به فلا يكون دفع خصومة المدعي بدفعه هذا . وفي التنقيح باع عقاره او رهنه او اعاره او وهبه وسلمه لآخر ثم غاب البائع والراهن والمعير فادعى آخر بأن الغائب كان باعه المبيع قبل ان يبيعه او يرهنه عند المدعي عليه تسمع دعواه بغياب الغائب

(٤) يجب ان لا يقر المدعي عليه بملكية المدعى به للمدعي . وفي النتيجة ادعى عقاراً فادعى المدعي عليه بان المدعى به كان للمدعي لكنه باعه لفلان الغائب وان الغائب اودعه عنده تندفع خصومة المدعي ان صدقه والا فلا تندفع خصومته ولا نقبل بينة المدعي عليه بذلك

(٥) ان لا يدعي المدعي بأنه وكيل بالقبض عن الغائب بناءً عليه اذا ادعى المدعي على ذي اليد ان المال الذي في يده هو لفلان وانه باعه اياه ووكله بقبضه تسمع دعواه وبينته (بهجة) .

(٦) ان لا يدعي المدعي بفعل على ذي اليد بناءً عليه اذا ادعى غصباً فادعى المدعى عليه الوديعة فلا ترد خصومة المدعي وكذا الدعوى بالسرقة فلا يسمع بضدها دفع المدعى عليه الأرباح او الأمانة من غير المدعي الا ان يدعي فعلاً انتهت احكامه كقول المدعي ان المدعى عليه اشترى المال المدعى به منه وتقدم ثمنه واستلمه فادعى المدعى عليه بأن المال في يده امانة من غير المدعي يكون قد دفع خصومته (هندية) . وكذا اذا ادعى فعلاً على ذي اليد كقوله ان هذا المدعي به سرق مني فادعى الدعي عليه الوديعة من غيره يسمع دفعه وترد خصومة المدعي (هندية) .

يستثنى من ذلك دفع المدعى عليه اذا ادعى الوديعة للمدعي من غائب فالمدعي اذا ادعى غصب عين منه من المدعى عليه فادعى المدعى عليه بأن المدعي كان اقر بان المال المدعي به لغير المدعي وان المالك كان اودعه له واثبت هذا الاقرار بالبينة يقبل دفعه وترد خصومة المدعي (٧) يشترط وجود الوديعة والمستعار وامثالها بناءً عليه اذا كان المدعى به هالكاً لا يسمع الدفع على العارية والوديعة

(٨) يشترط ان لا يكون منافع المدعي به عائدة للعموم كالطريق العام فاذا ادعى المدعي بأن المدعي عليه اغتصب الطريق العام وزرعه وادعى المدعى عليه بانه كان اخذ المدعي به وديعة او اجارة من آخر فلا يقبل دفعه .

فائدة : ان اشتراط حضور متولي الوقف بدعوى المستغلات الموقوفة ناشئاً عن ماورد بهذه المادة اذا كانت الدعوى تتعلق برقبة المدعى به

[ولكن اذا غصب الوديعة او المستعار او المأجور او المرهون فللوديعة والمستعير والمستأجر والمرتهن ان يدعي بأولئك على الغاصب فقط ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك ان يدعي وحده بأولئك ما لم يحضر هؤلاء] ولكن لو ادعى احد على المالك الشراء قبل الأجارة فالمالك وحده يكون خصماً للمدعي . وفي البزاية ادعى على آخر اني استأجرت هذه الدابة التي في يديك من فلان قبل ان تستأجرها انت منه ينتصب المستأجر خصماً له ان ادعى عليه فعلاً بقوله استأجرت هذه الدابة واستلمتها وانت اخذتها مني بغير حق . واذا لم يدع عليه فعلاً فلا لأن المستأجر لا ينتصب خصماً في اثبات الملك المطلق ولا في اثبات الأجارة الا اذا ادعى الفعل .

وقد ورد في هذه الفقرة بأن للوديعة والمستعير والمستأجر والمرتهن اقامة الدعوى اذا غصب المال منه لأن الوديعة امين وله حفظ الوديعة والاسترداد من الحفظ . وكذا المستأجر فله استرداد المأجور من للغاصب ولو ادعى الغاصب الأمانة من غير المستأجر (بهجة) . ولا تصح دعوى المؤجر بدون حضور المستأجر الذي غصب منه المأجور على ما جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة والأولى ان يكون للمؤجر الحق بأقامة الدعوى واستلام المأجور والمستأجر استرداده منه عند حضوره .

مادة ١٦٣٨ [لا يكون الوديع خصماً للمشتري] وللمغضوب منه وللموصى له ولدائن المودع وكذا الوكيل بالحفظ من جهة الغائب لو اودع عند غيره ومات فذو اليد يكون خصماً لكل من ادعاه الا ان يبرهن ان فلاناً الغائب دفعه الى الميت الذي دفعه فيخرج عن الخصومة . وفي جامع الفصولين اشترى من آخر ثلثي فرس وتسلمها منه فادعت امرأة ان لها ربعا فيها فلا تسمع دعواها على المشتري سواء صدقته على الشراء او كذبتة وبرهن لأن المشتري مودع في القدر المدعي به عن الغائب .

[فاذا ادعى احد تسليم الدار المودوعة عند الآخر بقوله اني اشتريت هذه الدار من الشخص الفلاني فسلمني اياها وقال الوديع هي امانة اودعها عندي ذلك الشخص تندفع خصومة المدعي ولا حاجة الى اثبات الايداع] لأن المشتري والوديع انفقا على ان اصل الملك للغائب فيكون وصول العين الى يد الوديع من الغائب فلم تكن يده يد خصومة وهذا مقيد فيما اذا قال الوديع اودعني من تدعي الشراء منه فلو قال اودعني بواسطة وكيله لم تندفع الخصومة بلا بينة لأن الوكالة لا تثبت بدون البينة . وكذا لو ادعى المدعى عليه الايداع من غير من ادعى المدعي الشراء منه فلا يسمع دفعه بدون بينة ولا يكون الوديع خصماً للمغضوب منه فاذا ادعى المدعي فرساً وقال انها لي وان فلاناً غصبها مني فادعى المدعى عليه الايداع ممن ارعى بأنه غاصب تندفع خصومة المدعي بهذا الدفع . ولا يكون الوديع خصماً للموصى له بناءً عليه اذا ادعى على ذي اليد بأن العين المدعى بها اوصي له بها من المتوفي فلان فادعى المدعى عليه بأن المتوفي كان اودعها عنده تندفع خصومة المدعي بذلك ولا تسمع الدعوى بدون حضور الورثة (بحر) .

[ولكن لو قال المدعي نعم ان صاحب الدار كان اودعها عندك لكن بعد ذلك باعها لي ووكلني بقبضها وتسليمها منك واثبت ذلك اخذ الدار من الوديع] لأن المشتري احق بأمساكها وقد قيدوا ذلك بالبرهان احترازاً من اقرار الوديع بالوكالة لعدم نفوذ اقراره على المودع في ابطال يده وهذا بخلاف مديون الغائب فانه اذا اقر بالوكالة بالقبض يؤمر بالدفع لانه يكون قد اقر على نفسه اذ الديون تقضي بأمثالها . وفي الأتقروي مات رجل وترك مبلعاً وترك

وارثاً واحداً فأقام رجل البينة ان الميت اوصى له بثلث ماله واثبت دعواه بعد جمودها من الوارث وقضى له الحاكم بدعواه ثم غاب الوارث وظهر وصى آخر بالثلث فالخصم بدعوى الوصي الثاني هو الوصي الأول ويؤمر بدفع نصف ما قبضه له اذا اثبت دعواه .

مادة ١٦٣٩ [لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع بناءً عليه اذا اثبت الدائن طلبه الذي هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع فليس له ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده] اي ليس له الأثبات ولا الاستيفاء من الوديع الا اذا اثبت بان المودع قد امر الوديع بدفع دينه من الوديعة التي عنده [ولكن من كانت نفقته واجبة على الغائب له ان يدعي نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده على ما ذكر في المادة ٧٩٩] .

وفي فتاى علي افندي رجل غاب فادعت امرأته ان في يدايه وديعة وطالبته بالنفقة فاذا انكر الأب الوديعة فلا خصومة بينهما واذا اقر فأما ان تكون الوديعة من غير الدراهم والدنانير وما لا يصح نفقة الأزواج او لا في القسم الأول لا خصومة بينهما وفي القسم الثاني لها ان ترفع لكن ترفع امرها للحاكم ليحكم عليه بالدفع لأنه من جنس حقها وليس للأب ان يدفع لها بغير اذن القاضي . وكذا الحكم بالمال الموجود بيد اوديع والمضارب ويحلف القاضي الزوجة على ان الغائب لم يعطها النفقة ولم تكن ناشداً او مطلقة . ولا يؤمر الأب والوديع والمضارب بدفع النفقة من مال الغائب الموجود في يده ان كان من الأعيان لانه لا يكلف بيعه واداء النفقة من ثمنه ولأن القاضي ليس له ان يبيع مال الغائب للاتفاق . واذا امر القاضي الوديع او المديون بإداء النفقة الى زوجة الغائب ثم حضر وانكر ادائها او انكر القدر المدعى به فيقبل قول الوديع في الدفع بيمينه . اما المديون فلا يقبل قوله بدون بينة والفرق في ذلك هو ان القاضي له ولاية الألتزام فاذا امر الوديع بالدفع ودفع فهو امين ومصدق بيمينه اما المديون فانه لا يصدق لأنه يدعي ثبوت دين له بذمة الغائب لان الديون تقضى بامثالها .

مادة ١٦٤٠ [لا يكون مديون المديون خصماً للدائن] . وكذا مودع المديون وشريكه لا يكونان خصماً للدائن وليس للزوجة ان تدعي مهرها على مدين الميت او على مودعه وشريكه ولها اقامة دعواها على وارثه او وصيه . وفي التكملة يصح اثبات الشراء في وجهه مدعي دين في التركة المستغرقة [فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت حقه في مواجهة مديونه ويستوفيه منه] ولو كانت تركة الميت مستغرقةً بالدين . وفي العادة لا يملك الدائن اثبات دينه على غريم التركة اي مدين الميت ولا على الموصى له واذا اثبت على الوصي او الوارث يثبت له ولاية الاستيفاء منهما باعتبار ان تركة الميت بيدهما . وفي التكملة رجل وهب جميع ماله لآخر وسلمه اياه ثم مات فادعى عليه آخر بعين انها له او بدين على الميت تسمع دعواه لانه في الأولى يدعي عيناً من واصل اليد وفي الثانية يدعي ديناً من تركة في يده ولكن يشترط في الثانية ان تكون الهبة في مرض الموت . وكذا المستأجر لا يكون خصماً للمستأجر ولا للمرتهن فليس للمستأجر ان يطلب من مستأجر او مرتهن تسليمه مأجوراً استأجره من المالك ولو بتأريخ اقدم من تاريخ استئجار او رهن المدعي عليه مالم يكن المالك حاضراً او يدعي المستأجر على المستأجر الآخر فعلاً او كانت اجارة المدعى عليه من غير مؤجر المدعي . وكذا الوكيل بالاقراض لا يكون خصماً للمستقرض لأن وكيل الاقراض يجب عليه اضافة العقد الى موكله كما مر ذلك بشرح المادة ١٤٦٠ وهو رسول . وكذا الدائن لا يكون خصماً للدائن . وفي الهندية توفي المدين وترك وارثاً فادعى الدائن بوجهه واثبت دينه واستوفاه فباب الوارث فخصر دائن آخر فليس له خصومة الدائن الاول واقامة الدعوى عليه . وكذا الغاصب من المتوفي ومودعه والوكيل من الورثة بقبض دين المورث ومدين المتوفي ودائنه والموصى له لا يكونون اخصاماً . وفي الهندية للمتوفي مائة ليرا بيد الغاصب او بيد المستقرض او بيد الوديع فادعى رجل بدين له قبل المتوفي او يوصية له من المتوفي وكان واصل اليد منكراً للوفاة فلا تسمع دعوى المدعي الا على الوارث . وكذا وكيل الورثة بقبض ما لمورثهم بذمم الناس لا يكون خصماً للدائنين (حموي) .

مادة ١٦٤١ [لا يكون المشتري من المشتري خصماً للبائع مثلاً لو باع احد

لآخر مالا وبعد القبض باعه المشتري لآخر ايضا فليس للبائع الأول ان يطلب
ويدعي الثمن على المشتري الثاني بقوله ان المشتري الأول كان اشترى مني هذا المال
وقبضه بدون ان يدفع لي ثمنه فاعطني ثمن المال او المال لأحبسه الى استيفاء الثمن
ولا تسمع دعواه هذه على المشتري الثاني [بدون حضور البائع الاول بل دعواه على المشتري
الاول لأن الثمن صار ديناً بذمته وهذا ظاهر فيما لو قبض المشتري الاول المبيع بأذن البائع
اما لو قبضه بدون اذنه وقبل دفع الثمن بدون اذن البائع واذا قبضه لا يعتبر قبضه ومتى كان
قبضه غير معتبر كان للبائع استرداده منه ومن المشتري الثاني . وقد ورد في الهندية ما يخالف
هذا الرأي اذ قيل مانصه رجل اشترى ناقة من آخر بألف درهم فلم ينقد الثمن وقبضها بغير
اذن البائع وباعها من رجل آخر بمائة دينار وقابضا وغاب المشتري الأول وحضر بائعها واراد
استردادها من يد المشتري الثاني فأقر المشتري ان الأمر كما وصف البائع الاول او قال
لا ادري احق ما قاله البائع الأول او باطل فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الأول انتهى .
وفي الدرر الكفيل ينتصب خصماً عن الأصيل بالكفالة بالأمر بلا عكس اي الأصيل لا ينتصب
خصماً عن الكفيل لأن القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل والقضاء على الأصيل ليس قضاء
على الكفيل فاذا لقي الدائن الأصيل وادعى عليه بألف درهم وله كفيل بأمره واقام البينة عليه
ثم لقي الكفيل فليس له ان ينفذ الحكم عليه الا بعد سماع البينة بحضوره اما لو لقي الكفيل اولاً
واثبت عليه ثم لقي الأصيل ينفذ حكمه عليه لان الكفيل ينتصب خصماً عن الأصيل

مادة ١٦٤٢ [يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على
الميت او له] ولو كان الوارث زوجاً او زوجة وكذا الوصي المختار او المغضوب سواء كان
المتوفى مديناً وتركته مستفرقة او غير مدين وسواء كان الوارث واضعاً يده على التركة او لا
لأن مكان ظهور ماهو متروك عن المتوفى اخيراً واستيفاء ما قضى به منه . وفي العادية اثبات الدين
على الميت بحضور الوارث او الوصي يجوز وان لم يكن في ايديهما شيء من التركة لما في الاثبات
من الفائدة وهو التمكن من اخذ مال الميت عند الظهور . ولا حاجة لذكر كل الورثة بل ذكر
اخذهم والبرهان عليه بوجوب اداء الدين من التركة التي في يده يكفي . واذا ادعى الوارث ديناً

لمورثه على آخر او عيناً وعدد الورثة حكم بالدعوى ولا يسلم الا نصيبه واذا كان المدعى به عيناً لا بد للوارث من بيان مقدار نصيبه منه واذا عجز الوارث عن اثبات الدعوى وحلف المدعى عليه فليس لباقي الورثة تحليفه مرة ثانية . واذا ادعى الوارث وفاة مورثه وانحصار ارثه به وطلب من مورثه ماله بذمته من الديون او بيده من الأعيان فاذا اقر المدعى عليه حكم عليه واخذ الوارث الدين او العين منه واذا ظهر بعد ذلك المورث حياً اخذ من مورثه ماله بذمته ورجع المدين على الوارث واذا انكر المدين الدين والوفاة ونسب المدعي يكلف المدعي للبرهان واذا عجز فله تحليف المدعى عليه واذا اقيمت الدعوى على الوارث وانكر وفاة مورثه ووضع يده على متروكاته يحلف على عدم علمه بالوفاة وعلى عدم وصول التركة ليده بتاتا وقد قيل انه يحلف مرتين وقيل يحلف مرة واحدة واذا انكر الوارث وصول التركة ليده وعجز المدعي عن اقامة البرهان على ذلك فله تحليفه واذا ادعى الدائن وجود التركة بيد المدعى عليه الوارث يكلف لبيان افرادها واذا كان المتروك عقاراً يكلف لبيان حدوده الا اذا اقر الوارث بأب التركة كافية لوفاء المال المدعى به (هندية) .

واذا ادعى وصي الميت ديناً عليه فالحاكم ينصب وصياً آخر يدعى عليه اذ دغواه على نفسه لا تصح واذا ادعى الوصي ديناً على الميت وعجز عن الأثبات يعزل ولا يؤخذ المال من يده الا اذا ادعى عيناً معينة فان القاضي يأخذها منه وقيل يعزل لأنه يستحل مال اليتيم . وقيل يقول له القاضي اما ان تبرئه او نقيم البينة والا اعزلك فأما ان يفعل والا عزل . وفي الخانية رجل مات وترك وارثاً وعليه دين يحيط بتركته فالوارث خصم للغرماء ويقوم مقام الميت في الخصومة . وفيها مات في بلد ووارثه في بلد آخر فادعى رجل على الميت ديناً فاذا كان الوارث غائباً غيبةً منقطعة نصب القاضي وصياً وقضى للمدعي ببينته وان لم تكن الغيبة منقطعة لا ينصب . وفي الهندية الموصى له بالثلث لا يكون خصماً لدائن الميت سواء كان الوارث حاضراً او غائباً اما الموصى له بأكثر من الثلث يصلح خصماً لدائن الميت لأن استحقاق ما زاد عن الثلث من خصائص الوارث والوارث ينتصب خصماً للغريم . وكذا امين بيت المال ينتصب خصماً بما لبيت المال وعليه اذا كان موظفاً كمشاور الحقوق في زماننا او وكلاء الخزينة فيما سبق او الوكيل المأذون من القاضي

باقامة الدعوى والخصومة او سماعها . وكذا الموهوب له في مرض المارث يكون خصماً بالتركة لأن الدين متعلق بالتركة والتركة في يده

اما الخضم بدعوى النسب هو الوارث والوصي ومديون المتوفي ووديعه ودائنه والموصى له سواء كانوا مقرين او منكرين لدعوى المدعي وذلك خلافاً لما جاء في هذه المادة . وكذا الخضم بدعوى الوصاية (اي اذا ادعى رجل بأنه وصي الميت) هو الوارث والمديون والموصى له

[ولكن الخضم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يدٍ ليس بخضم] ويشترط ان تكون العين المدعى بها غير مقسومة وجميعها بيد الوارث المدعى عليه وان يكون مقراً بها بأنها مورثة واذا اثبت المدعي العين التي في يد الوارث انها له يقضي له ولا يكلف باعادة البينة بحضور باقي الورثة واذا كان بعض المدعى به بيد وارث والبعض الآخر بيد الوارث الآخر يكلف المدعي لاقامة البرهان على كل منهما (تكملة) . ولا يكون الوارث الحاضر خصماً عن الغائب في العين المتروكة المقسومة بينهما ولو كان الغائب سلم حصته للوارث الحاضر وديعةً ويجب لخصومة المدعى عليه الحاضر ان تكون العين كلها في يده فاذا كان بعضها في يد غيره فلاخصومة له الا بما هو موجود بيده . وكذا يجب ان يكون الوارث المدعى عليه مقراً بالارث وبان العين التي في يده مورثة فاذا ادعى الملك المطلق او ادعى انتقالها له بالارث من غير المورث الذي عينه المدعي لا يكون خصماً اضافة للتركة . اما في دعوى الدين على الميت فأحد الورثة ينتصب خصماً عنهم وان لم يكن في يده شيء لأن حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف العين وهذا اذا كان الوارث مدعى عليه اما اذا كان مدعياً ارث العين على المدعي فان اثبت كان القضاء بالارث له ولبقية الورثة اذا ادعاه ارثاً له ولهم وان لم يثبت واثبت المدعى عليه دفعاً صحيحاً تندفع دعوى الارث بحق الحاضر والغائب

[مثلاً يصح لأحد الورثة ان يدعي طلب الميت الذي هو في ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بجميع الطلب المذكور لجميع الورثة وليس للوارث المدعي ان يقبض الا حصته من ذلك ولا يقبض حصص سائر الورثة] . واذا ادعى الوارث حصته فقط واثبتها لا يثبت حق الباقيين ببرهانه ولا يقضى الا بنصيبه واذا حكم على المدعى عليه بدعوى

الوارث بقائمة اضافة للتركة ينظر فاذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي يؤخذ المدعى به منه ويسلم للمدعي حصته والباقي يسلم للعدل بأتمنه القاضي خوفاً من فرار المدعى عليه الذي ثبت احتياله بانكاره الدين او العين المدعى بها ولو عقاراً (تكملة)

[كذلك لو اراد احد ان يدعي بدين على التركة فله ان يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث من التركة مال او لم يوجد فاذا ادعى هكذا بحضور واحد من الورثة ديناً واقرب به ذلك الوارث يؤمر بالعطاء ما اصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري اقراره الى سائر الورثة] وسواء كان الميت مال او كانت تركته مستغرقة بالدين لا مكان وجود مال للميت بعد الحكم كوديعة او بضاعة او دين لأن المدعي اذا حرم من اقامة الدعوى والبرهان ربما تغيبت شهوده وتعذر عليه الاثبات واذا اثبت الدائن دعواه بحضور احد الورثة فليس للورثة الباقين ولا للدائنين اذا كانت غريمة طلب الاثبات بحضورهم مرة ثانية واذا عجز الدائن عن اثبات دعواه يحلف الورثة واحداً بعه واحد ولا يكفي تخليف احدهم لأن الناس يتفاوتون في اليقين ولأن الوارث يستحلف على عدم العلم وربما لا يعلم الاول بدين الميت ويعلم الثاني (خاتمة) . وفي الهندية اذا كان بعض الورثة غائباً او صغيراً يحلف الغائب عند حضوره والصغير عند بلوغه . وكذا للورثة استخلاص التركة المستغرقة بالدين بدفع قيمتها الحقيقية وجعلها مالا لهم وليس للدائنين الامتناع من استخلاص التركة واذا اراد بعض الورثة استخلاصها وامتنع الباقون يستخلصها من اراد منهم وليس للدائن ان يأخذ من الوارث اكثر من نصيبه من الارث الا اذا كان ذا يد على مال الميت فيأخذ الدائن جميع ما بيده وكذا للدائن اخذ مال الميت الموصى به الموجود بيد الوصي بمقابل دينه واذا ادعى المدعي الدين في التركة لا حاجة الى ذكر كل الورثة بل اذا ذكر واحداً منهم وبرهن عليه انه واجب عليه اداء الدين من التركة التي يده يكتفي ولو كان الوارث صغيراً وبرهن على وصيه . ويشترط بدعوى الوارث الارث بيان عدد الورثة وعلى المدعي بيان نصيبه من الارث ليعلم مقدار ما يحكم له به . وفي التكملة اذا كان للميت اربعة اولاد وادعى المدعي

دينًا بوجه احدثهم واقر له الوارث بدعواه يحكم عليه بربع الدين ويستوفي منه وكذا لو مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل الفأ ثم ادعى رجل ان الميت اوصى له بثلث ماله وصدقه احد الورثة يأخذ منه الموصى له ثلث ما في يده (اقروى) . وفيه در المختار الوارث اذا اقر بدين ثم شهد هو ورجل آخر ان الدين كان على الميت ثقبل شهادة هذا المقر ولو بعد القضاء لعدم دفع المغرم لأن الوكيل لا يلزمه كل الدين . وفي الأتقروى اذا كانت التركة مستغرقة بالدين او كان الدين مساوياً لموجود التركة فلا يعتبر اقرار الورثة بالدين ولا يحلفوا اليمين عند انكارهم . وفي الهندية يجب اعتبار اقرار الوارث المقر ولو كانت التركة مستغرقة ويحكم عليه لا مكان ظهور مال للميت يمكن الاستيفاء منه .

[وان لم يقر واثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثة واذا اراد ان يأخذ طلبه الذي اثبته من التركة فليس لسائر الورثة ان يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا ايضاً ولكن لهم صلاحية دفع دعوى المدعي] . وفي الهندية اذا اقر الوارث المدعى عليه بدعوى المدعي فلمدعي اقامة البينة على دعواه حتى يتعدى الحكم باقي الورثة . وكذا اذا كان الوارث المدعى عليه بائعاً وباقي الورثة صفاراً فللدائن اثبات دعواه بالبرهان ليتعدى الدين الى كل انصاء الورثة . ولا يجوز اقرار الوصي بدين الميت الا ان يشهد هو ومعه آخر فيصح على سبيل الشهادة ولو قضى الوارث دين الميت من التركة بأقراره فجاء دائن آخر يضمن له وان اداه بقضاء لم يضمن ويشارك الأول ولو ادعى ديناً في التركة ليس له ان يطلب من القاضي احتفاظ التركة مخافة الأتلاف من الورثة مالم يقيم البينة . وفي الحامدية اذا كان لزيد استحقاق معلوم في وقف اهلي فمات لا عن تركة وله ولد انتقل الاستحقاق اليه بشرط الواقف فارعى عمرو ديناً بذمة زيد لا يكلف ولده لدفع هذا الدين من استحقاقه .

[واما اذا اراد ان يدعي احد من التركة قبل القسمة الفرس الذي هو في يد واحد من الورثة بقوله هذا فرسي وكنت اودعته عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد فقط] ولا تثبت يده بدون بينة . وفي الأتقروى فما لم يثبت كونه صاحب اليد

لمال الميت لا يصير خصماً عن الميت وتصادقهما ان الحدود في يد المدعى عليه لا يكون حجة على الميت ولا يكتفي به القاضي لأنها متهمان في ذلك .

[وان ادعى على احد من باقي الورثة لا تسمع دعواه واذا ادعى على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره الى سائر الورثة ولا ينفذ اقراره الا بمقدار حصته ويحكم بكون حصته في ذلك الفرس للمدعي وان انكر الوارث الذي هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة راجع المادة ٧٨] ويسمع دفع الورثة الباقيين اذا حضروا وادعوا دفعاً صالحاً كقولهم ان الفرس لهم انتقل لهم بالشراء او بالأرث من غير المورث المدعي انه مدين للمدعي - وفي البزاية ادعى الخارج كون الدار ميراثاً عن ابيه وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضى له ثم ان الأخ المقتضى عليه ادعى كونها ميراثاً له عن ابيه الذي هو ابو المقتضى عليه وبرهن بقضي بنصفها للمدعي هذا لأن المقتضى عليه لم يذكر كونها ميراثاً فاقضى القضاء عليه

وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب بشروط هي كون العين كلها في يده وان لا تكون مقسومة وان يصدق الغائب على انها ارث عن الميت المعين وفي جامع الفصولين في يد الحاضر ضيعة وفي يد الغائب ضيعة اخرى ادعى على الحاضر متول انهما وقف رجل واحد على كذا وبرهن فان قالوا انهما وقف رجل واحد على كذا او وقفاً واحداً وكانتا ملكه بقضي على الحاضر والغائب بوقفيتهم وان قالوا وقفهما وقفاً متفرقاً يقضى على الحاضر فقط

مادة ١٦٤٣ [ليس لأحد الشركاء في عين ملكوه بسبب غير الأرث ان يكون في الدعوى خصماً للمدعي في حصة الآخر] لأنه لا ينتصب احد خصماً عن احد قصداً بغير وكالة او نيابة او ولاية (اشباه) اما في دعوى الارث فينتصب احد الورثة خصماً عن البقية لأن الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة يتوب عنه لأن كلاً منهم قائم مقام المورث حقيقةً وحكماً بخلاف دعوى غير الارث [مثلاً لو ادعى احد في حضور احد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء بأنها ملكه واثبت ما ادعاه وحكم بذلك

يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري الى حصص الباقين] - وكذا اذا اقام المدعي دعواه بالدابة المشتركة بينه وبين غائب مناصفة على ذي اليد تسمع دعواه ويحكم له بالنصف فقط . وفي الهندية رجل مات واوصى بوصايا شتى لأفئس مختلفين فحضر واحد من الوصى لهم واقام البينة على الوصي بحضور احد الورثة فعلي قول ابى حنيفة يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب . وفي الأتقروى رجل يفي يده دار اقام آخر بينة انها له واقام رجل آخر بينة انها له ولفلان اشترىها من ذي اليد وتقدا الثمن وقضاها والشريك غائب ففي قياس ابى حنيفة يقضى بالدار ارباعاً لأن المدعي له ولشريكه يدعي النصف فقط لأنه ليس بخصم بحصة الغائب فهو مدعى بالنصف واذا كان مدعي الشراء يدعيها له ولا أخيه ارثاً عن ابيه فان القاضي يقضى للذي يدعي الكل لنفسه بنصف المدعي به وبالنصف للميت ويدفع الربع الى الآخر الحاضر ويدع الربع في يد المدعى عليه حتى يحضر الغائب فاذا حضر الغائب اخذ الربع بدون بينة واذا استحق مال المضاربة فالخصم هو المضارب بمقدار حصته من الربح فقط ولا يشترط حضور رب المال في هذا القدر ولولا ربح فالخصم رب المال لا المضارب .

مادة ١٦٤٤ [تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدعياً ونجكم على المدعى عليه في دعاوي المجال التي يعود نفعها الى العموم كالطريق العام] فاذا احدث رجل مسيلاً أو جسراً في الطريق العام فلا أحد المارة اقامة الدعوى عليه اما اذا وقع التعدي على طريق قرية اهله قوم محصور او غير محصور فليس لأحد العامة اقامة الدعوى على المتعدي بل ان الخصومة تنحصر بأهالي تلك القرية لأن العامة هم غير القوم غير المحصور واذا اقيمت الدعوى من العامة او عليها فلا يسري اقرار المقر على العامة بدون بينة وكذا الحكم بالبينة يسري على القوم غير المحصور ولا يسري على القوم المحصور لأن القوم غير المحصور لا يتولى الدفاع احدثهم عنهم . وفي الحامدية لا تسمع دعوى رغبة الوقف من احد المستحقين لأن المستحق له ربع الوقف لا الرقبة وتسمع دعواه بأذن القاضي وكذا مستحق غلة الوقف لا يملك دعوى الغلة وانما يملكها المتولي وفي در المختار الموقوف عليه الغلة او السكن لا يملك الأجرة ولا الدعوى ولو غصب منه الوقف الا بتولية او اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى .

مادة ١٦٤٥ [يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الأشياء التي

منافعها مشتركة بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذ كانوا قوماً غير محصورين واما اذا كانوا قوماً محصورين فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضور كلهم او وكلاهم [بناءً عليه اذا اختلف قومان غير محصورين بنهرٍ وادعي كل منهما انه لهم تسمع دعوى واحدٍ من قوم على آخر من القوم الثاني انما يجب اثبات مثل هذه الدعاوى بالبينة ولا يكفي فيها اليمين لأن المشتقة يجلب القوم الغير المحصور محققة ويجلب القوم المحصور غير موجودة والمشتقة تجلب التيسير .

مادة ١٦٤٦ [اهالي القرية الذين عددهم يزيد على المائة يعدون قوماً غير محصورين] بما في ذلك الرجال والنساء والصغار والكبار والعقلاء والمجانين لأن اهل القرية يدخل في عدادهم كل من سكن بتلك القرية .

« الفصل الرابع »

(في بيان التناقض)

عدم التناقض شرط في الدعوى لأن التناقض مانع لصحة الدعوى لظهور كذب المدعي بأحد قوليه

انواع التناقض هي ادعاء المالك بعد طلب المدعي به للشراء او للاستئجار او بعد الاقرار بأنه ملك الغير او بعد البراءة ، والأدعاء يطلب ملكية دارٍ ادعى تولية وقفها ، وادعاء ملكية الدار بعد الاقرار بوقفيتها

الأدعاء بفساد البيع او النكاح بعد الكفالة على ثمن المبيع او المهر
الادعاء بوقوع التوكيل كرهاً بعد الاقرار بوقوعه طوعاً
الادعاء بوقوع البيع او الفراغ وفاءً بعد الاقرار بوقوعه قطعياً
ادعاء الوديعة بنقود كان اقر بأنها ثمن مبيع اشتراه

الادعاء يكون المال الذي باعه بأنه ملكه هو مال الغير

الادعاء بملكية المبيع بعد الكفالة بالدرك

الادعاء بملكية مبيع قبض ثمنه وسلمه لموكله حسب وكالته

الادعاء بعيب قديم في المبيع بعد الاقرار بقبض المبيع واستيفاء الحق

الادعاء بالأداء مفصلاً عن الاقرار بدين لدائن

انكار قبض المال الذي ادعى المدعي انه اعطاه اياه ليدفعه الى دائنه ثم الادعاء بدفعه

انكار الأمر بالكفالة والدفع حسب الكفالة ثم الاقرار بذلك والادعاء بالابراء من الكفيل

انكار البيع المدعي به ثم الادعاء بأنه كان وفائياً

الأداء بدفع المورث ماعليه من الدين بعد الاقرار ببقائه

الادعاء بإداء الدين للدائن بعد الادعاء بادائه لغير الدائن بدون اذنه

الادعاء بوقوع الاقرار مواضعاً بعد الادعاء بأنه لم يعامل المدعي اصلاً

الادعاء بدفع الدين في بلد بعد ادعاء الدفع في بلد آخر

الادعاء بكون الأصل دفع ماعليه من الدين بعد الاقرار بوجود الدين بذمته بطريق الكفالة

الادعاء بكون الدار التي يدعيها اخوه ارثاً لهما من مورثتهما بأن مورثه لاحق له في الدار

اصلاً ثم الادعاء بأنه اشتراها من مورثه

الادعاء لنفسه بمال كان ادعاء لغيره

الادعاء بنجح من زيد ثم ادعاؤه به من عمرو

الادعاء بملكية التركة بعد المبادرة لقسمتها

الادعاء بوقوع العقد فاسداً او وفاءً بعد الادعاء بأنه وقع باتاً

ادعاء احد الأقرباء ملكية مال كان باعه قريبه بحضوره وسكت

الادعاء بملكية عقار كان تصرف فيه غيره بحضوره هدماً وبناءً وسكنناً واسكاناً مدة مرور الزمن

مادة ١٦٤٧ [التناقض يكون مانعاً لدعوى الملكية] اذا كان الكلام الأول قد

اثبت حقاً لشخص معين والا لا يمنع الدعوى كقوله لاحق لي على احد من اهالي دمشق ثم ادعي على واحد منهم تسمع دعواه . وفي الخاتمة اذا قال هذه الدار ليست لي ثم اقام البينة انها له

قبلت بينته لأنه لم يقر لرجل معروف ولأن الاقرار للمجهول باطل ولأن التناقض انما يمنع اذا تضمن ابطال حق على احد . ولا يشترط للتناقض وقوع الكلامين المتناقضين في مجلس الحاكم ولا يمنع التناقض دعوى النسب للأبوة او للبنوة فاذا ادعى الأب النفقة على ابنه وأنكر الابن ابوته ثم مات الأب فلولد طلب الارث . وكذا اذا قال احد مرتزقة الوقف المشروط ريعه للأولاد واولاد الأولاد انني لست بأبن الواقف ثم ادعى البنوة والاستحقاق تسمع دعواه . ولا يسري التناقض على شريك المقر فاذا باع احد مالاً لآخر ثم ادعى هو واخوه بأن المال مشترك بينهما شراءً او ارثاً من ايها ترد دعوى البائع للتناقض وتسمع دعوى شريكه وتطلب منه البينة .

[مثلاً لو اراد احد ان يشتري او يستوهب او يستودع او يستعير او يستأجر مالاً ثم ادعى بأنه ملكه قبل الشراء او قبل الاستيها ب والاستيداع والاستعارة والاستئجار لا تسمع دعواه] ولا يقبل توفيقه ولو قال بأن المال هو لي وقد غصبه مني المدعى عليه ولما لم اتمكن من استرداده منه طلبت شراءه . وكذا الحكم في الأراضي الأميرية فاذا طلب احد استئجار ارض من آخر ثم ادعى التصرف فيها لا تسمع دعواه لأن الاستشراء اقرار بأنه لا ملك له فيه فدعواه الملك قبل الاستشراء تناقض وتسمع دعواه الملك بعد الاستشراء لا مكان التوفيق وكذا طلب استشراء اثمار الأشجار لا يمنع ادعاء طالب الشراء بنفس الأشجار لأن كلمة مال الواردة في هذه الفقرة يحترز بها من الزوائد

واذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه استيماي الآخر منه تزجج دعوى مؤخر التاريخ وبينته واذا لم يؤرخا تعتبر دعوى المدعي لأنها يحكم الملك المطلق واذا ادعى المدعي بان المال له وان المدعى عليه اقر له به وادعى المدعى عليه بأن المال له وان المدعي استامه منه وبرهنا على دعواهما تبطل البينتان ويبقى المدعى به بيد ذي اليد .

[وكذا لو قال ليس لي حق عند فلان ابداً ثم ادعى عليه شيئاً لا تسمع دعواه] بشيء بتاريخ سابق على تاريخ البرائة اما لو ادعى ديناً وجب له بعد وقوع البراء تسمع دعواه لعدم التناقض واذا استمهل في قضاء الدين ثم ادعى البراء بعد الاستمهال تسمع دعواه

وكذا اذا اقر المتوفي قبل وفاته في مرض موته لوارثه او لأجنبي بأن لاحق له قبله ثم توفي فلا تسمع دعوى الدين من وارثه على المقر له وكذا لا تسمع دعوى الكفيل بعد الكفالة على ثمن المبيع بأن البيع كان فاسداً واذا ادعى المدعي ديناً من ثمن المبيع وبعد ان عجز عن الاثبات وجع فادعى الامانة لا تسمع دعواه للتناقض وتسمع دعواه اذا ادعى وديعة ثم ادعى ديناً (بهجة) .

وكذا لا تسمع دعواه اذا ادعى ديناً ثم ادعى مال شركة وتسمع دعواه اذا ادعى شركة ثم ادعى ديناً لأن مال الشركة يصير ديناً بالجحود والدين لا يصير مال تركة . وكذا اذا باع مالا ثم اقر بأنه ملك غيره لا يعتبر اقراره ولا تقبل شهادته للغير بالبيع وكذا لا تسمع دعوى الملك فيما كفله الكفيل ولا تسمع دعوى العيب القديم في المبيع بعد القبض والاقرار باستيفاء الحق وتسمع دعوى كون الثمن المقر بقبضه زيوف ولا تسمع دعوى المقر الأداء قبل الاقرار اذا ادعى الأداء مفصلاً وتسمع دعوى الاداء موصولاً ولا تسمع دعوى الاداء بعد الاقرار موصولاً ولا مفصلاً ولا تسمع دعوى اداء الدين من المورث بعد الاقرار والدفع من الورثة ولا تسمع دعوى الكفالة بعد دعوى القرض بدين ادعى بانه قرض وتسمع الدعوى من الوارث بأن المال له من مورثه بالشراء بعد ان ادعاه بالأثر وتسمع دعواه الارث بعد دعوى الشراء لأن مكان التوفيق بالوجه الثاني .

[وكذلك لو ادعى احد على آخر بقوله كنت اعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على أن تعطيها الى فلان والحال انك ما اعطيته له ولكونها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك بقوله لم تعطني اياه فأقام المدعي البينة ثم رجع المدعى عليه واراد دفع الدعوى بقوله نعم كنت اعطيتني ذاك المبلغ وانا دفعته الى من امرت فلا يسمع دفعه .

ولكن اذا انكر المدعى عليه الحاصل بأن قال ذمتي بريئة او ليس لك في ذمتي شيء ثم اثبت المدعي دعواه بالبينة فقال المدعى عليه نعم كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت تسمع دعواه راجع المادة ١٦٥٧ وشرحها . وكذا اذا ادعى رجل على آخر بمال قائلاً انك امرتني بدفع مبلغ كذا الى دائنك بشرط الرجوع عليك فدفعته اعطينيه فأنكر المدعى عليه الدين والأمر

والاداء وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه الأبراء فلا تسمع دعواه لأن الأبراء يدل على سيق الوجوب والمدعى عليه قد انكر ذلك مطلقاً - وكذا لا تسمع دعوى البرائة من الكفالة من كفيل انكر الكفالة واثبت المدعي دعواه بالبينة (بهجة) .

وكذا ادعى مال شركة فأنكر المدعى عليه وجود الشركة وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه الاداء فلا تسمع دعواه اما لو انكر المدعي عليه بقوله لا مال لك قبلي ثم ادعى الاداء بعد اثبات المدعي دعواه يسمع دفعه لعدم التناقض .

[وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره بأنه ملكه واجاب ذو اليد بقوله نعم كان ملكك ولكن بعثني اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط فأقام المدعى عليه البينة واثبت ما ادعاه ثم رجع المدعي فادعى بأن قال اني كنت بعته لك في ذلك التاريخ لكن هذا البيع كان عقد بطريق الوفاء وبشرط مفسد هو كذا فلا يسمع دفع المدعي] .

وكذا اذا ادعى المدعي ديناً فادعى المدعى عليه الأداء بدمشق ثم لما عجز عن اثبات دعواه ادعى الاداء في بيروت فلا تسمع دعواه الثانية للتناقض الا اذا وفق بين كلاميه بأن قال دفعته لك في دمشق ولما انكرت القبض دفعته لك مرة ثانية في بيروت وكذا اذا اقر الكفيل بدين من جهة الكفالة ثم ادعى كون المدين الأصيل ادى الدين قبل الاقرار لا تسمع دعواه

وكذا ادعى الأخ على اخيه بفرس في يده قائلاً ان هذا الفرس لو ادي وقد تركها ارثاً لنا فأنكر المدعى عليه دعوى المدعي بقوله ان والدنا لم يكن مالكاً لهذا الفرس بوقت ما وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه شراء المدعى به من ابيه فلا تسمع دعواه للتناقض اما لو قال جواباً على دعوى المدعي ان هذا الفرس ليس الى ابيك فقول لا يمنع دعواه الاخيرة

وكذا ادعى مالاً على آخر فتصالحا على مبلغ ثم ادعى المدعى عليه الاداء قبل الصلح فلا تسمع دعواه . وكذا اذا ادعى الكفيل بأن المال الذي كفله ناشئ عن قمار فلا تسمع دعواه اما اذا

أقر الدائن بهذه الدعوى تبرأ ذمة الكفيل والأصيل ولا يقال بلزوم سماع البينة على إقرار الدائن بذلك لأن البينة تسمع بالدعوى الصحيحة .

أما المسائل التي لاتعد من التناقض فهي :

١ — إذا قال المدعي ان جد المدعى عليه هو بكر ثم ظهر انه عمرو فلا ترد دعواه لأن مكان تسمية جد المدعي عليه بأسمين

٢ — إذا ادعى المدعي عليه الأداء بعد الادعاء بالابراء فلا يكون قوله متناقضاً لأن مكان كون البرائة برائة استيفاء وهي عين الاداء المدعي به اخيراً

٣ — إذا ادعى المدعي عليه الأداء ثم ادعى احوالة المدعي بالمبلغ المدعي به وقبول الحوالة من كل منهم واداء الحال به من المحال عليه فلا يكون متناقضاً بقوله

٤ — إذا ادعى المدعي ارث الفرس من والده بدعوى اقامها على اخيه فادعى المدعي عليه قائلاً ان اباك لم يكن ذا حق بالمدعى به ثم ادعى الشراء من ابيه فلا يكون قد تناقض بقوله .
أما إذا قال المدعي عليه لم يكن لوالدك حق في المدعى به في الزمن الماضي ثم ادعى الشراء فلا تسمع دعواه الا اذا ادعى إقرار مورثه له بها بعد ذلك

٥ — إذا ادعى المدعي عليه بأن لاشركة بينه وبين المدعي او لا مال للشركة في يده ثم ادعى الأداء او الابراء تسمع دعواه لعدم التناقض اما لو ادعى الأداء بعد ان ادعى بأنه لم يعقد بينه وبين المدعي شركة اصلاً فلا تسمع دعواه الثانية للتناقض

ويجوز لمن وجد التناقض بدعواه ان يرجع الى دعواه الأولى لأنها دعوى لم يظهر كذبها وتسمع دعواه الأولى اذا رجع ولا ترد للتناقض مثلاً لو ادعى ملكاً مقيداً ثم ادعاه مطلقاً ورجع لدعوى الملك المقيّد تسمع دعواه اما لو بقي مصرّاً على دعواه الملك المطلق ترد دعواه للتناقض .

لاحقة : واعلم ان فروع التناقض كثيرة فاذا ادعى على آخر انه اخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعي عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعي عن تركه فادعى المدعى عليه الميراث منه لا يقبل للتناقض وان ادعى طالب النفقة الأبوة او البنوة وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه وادعى الأرث نقبل والفرق هو ان ادعاء الولادة مجرداً يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة . وكذا ادعاه أولاً للوقوف ثم لنفسه لاتسمع وبالعكس تسمع لصحة الاضافة بالأخصية

انتفاعاً وكذا ادعى المقيّد ثم المطلق لا تسمع والعكس يسمع . وكذا باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لا تسمع دعواه وبينته لأنه يدعي فساد البيع وحقاً لنفسه وقيل تسمع دعواه الوقف اذا كان مجهولاً والا فلا وقيل تسمع بينته فقط لا لصحة الدعوى بل لقبول البينة في الوقف بلا دعوى . وكذا باع داراً بالوكالة عن امه ثم ادعى الملك لوالده لا تقبل دعواه وبينته (بازاية) . وكذا اذا اقر بدين ثم ادعى بأن بعضه دين وبعضه رباً وبرهن تسمع بينته . وفي التكلفة انكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع الأقالمة يسمع هذا الدفع . وبما ان مسائل التناقض كثيرة جداً لا يمكن لكتابنا هذا ان يحتويها فعلى من اراد معرفتها يجتازها بمراجعة كتب الفقه لأنها طافحة في ذلك .

مادة ١٦٤٨ [كما انه لا يصح لأحد ان يدعي المال الذي اقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كذلك لا يصح ان يدعيه بالوكالة او بالوصاية عن آخر] . للتناقض لأن المال لا يكون بوقت واحد لشخصين مختلفين والتناقض كما يمنع المدعي من ان يدعي المال لنفسه يمنعه من الدعوى به لغيره بالوكالة والوصاية انما يجب ان يكون اقراره الأول في حال الدعوى والنزاع اما اذا اقر بدون دعوى وبدون نزاع بمال لغيره لا يمنع من الادعاء به بعد ذلك لنفسه لعدم امكان حصول التناقض في ذلك وكذا اذا استعار او استأجر ثوباً ثم ادعى انه لأبنه الصغير تسمع دعواه وبينته لأن الاستئجار او الاستعارة لا يفيد الاقرار بملك المعير والمؤجر وكذا اذا بيع عقار فشهد في حكمه ثم ادعى العقار للمسجد حسب توليته عليه تسمع دعواه اذا لم يكتب في الصك ان البائع باع ملكه والا لا تسمع

واذا اقر بمال لا آخر ثم بعد ان مضت مدة يمكن للمقر بها ان يشتري المال من مالكة فادعى الشراء لنفسه تسمع دعواه وبينته اذا شهدت بالشراء بعد الاقرار ويندفع التناقض برد الاقرار من المقر له فاذا اقر المقر بان المال الى زيد ورد زيد هذا الاقرار ثم ادعى المقر بأن المال له تسمع دعواه وبينته .

وكذا اذا اخذ الدلال المال ونادى بأنه الى فلان ثم ادعى بانه ملكه فلا تسمع دعواه اما اذا عرضه للبيع من دون ان يبين بانه ملك احد فلا يمنع من الدعوى لنفسه ويحصل التناقض في الدعوى ودفع الدعوى وكذلك يحصل التصديق على الدعوى المتناقضة

من المدعي والمدعى عليه ومن غيرهما فاذا ادعى رجل بدار قائلاً ان هذه الدار لي ورثتها عن ابي فقال المدعى عليه ان هذه الدار لي حتى ان اباك كان اقر لي بها يسمع دفعه وتندفع دعوى المدعي وكذا ادعى مالاً يبد غيرهِ ويرهن على دعواه فادعى المدعى عليه بأن المدعي كان اقر بملكية المدعى به لآخر يسمع دفعه وترد دعوى المدعي . وكذلك الدلال اذا نادى على مال بأنه لزيد ثم ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه . يستثنى من هذا ان المدعي اذا ادعى بأنه كان باع المال المدعى به من زيد فأنكر زيد الشراء وادعى الملك لنفسه فرجع المدعي وادعى الملك لنفسه تسمع دعواه اما اذا ادعى المدعي بأن المدعى به لواضع اليد ثم ادعى بيعها له وانكر المدعى عليه الشراء ثم ادعى المدعي الملك لنفسه لا تسمع دعواه .

وكذا اذا اقر بمال لآخر ثم ادعى بما اقر به لنفسه او لغيره بالوكالة او الوصاية لا تسمع دعواه وله ان يدعي بالوكالة او الوصاية عن المقر له اما اذا لم يقر بالملك لآخر بل اقر بان المال ليس له بدعوى مقامة عليه من مدعى فعلى رواية الجامع يعتبر قوله هذا اقرار للمدعي وعلى رواية الأصل ليس باقرار للمدعي لكن القاضي يستلذه اهو ملك المدعي فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكره يأمر المدعي بأقامة البينة عليه وهو الراجح وكذلك اذا قال من لم يكن ذا يد على المال هذا ليس لي او ليس ملكي او لاحق لي به او ليس لي به حق لا تسمع دعواه الملك ولو كان اقراره الأول بدون دعوى ونزاع واذا قال هذا القول واضع اليد تسمع دعواه بالأفتاق لأنه لم يقر بملك لأحد ولم يثبت حقاً لأحد وقد اقر بمجهول والاقرار بالمجهول باطل والتناقض انما يمنع صحة الدعوى لأنه يبطل حق الغير وهنا لاحق لغير المقر يراد ابطاله . لذلك اذا اضاع رجل فرسه ثم وجدته وقال انه ليس له وغضب منه بعد ذلك ولما ان اقام الدعوى على الغاصب تمسك الغاصب باقراره مدعيًا التناقض لا يلتفت الى قول الغاصب . واذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه الملك وكل منهما ادعى اقرار الآخر له بالملك وبرهنا على دعواها يترك المال بيد ذي اليد ولا يقضى لأحدهما به .

مادة ١٦٤٩ [اذا ابرأ احد اخر من جميع الدعاوى فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه] لا بالأصالة ولا بالكفالة وليس له ان يدعي عليه عيناً ايضاً الا اذا ادعى العين او الدين بعد البراء والاقرار بناءً عليه اذا ادعى المدعي بعد هذا البراء على المدعي

عليه غضب فرس او دين لاتسمع دعواه الا مؤرخة بعد تاريخ الأبراء . وكذلك اذا ادعى على المدعى عليه عيناً او ديناً وبرهن على دعواه ثم اقر بأنه لاحق له قبل المدعى عليه ترد دعواه ويلغي الحكم اذا كان حكم بالدعوى . واذا ادعى المدعى عليه الأبراء وافر المدعى له بدفعه وادعى بأن الأبراء مقدم على حصول الحق المدعى به وبرهن على دعواه يحكم له به والا يحلف المدعى عليه اليمين على ان الحق المدعى به لم يكن مؤخراً عن الأبراء لأن المسقط والموجب اذا تعارضا يعتبر المسقط ولأن السقوط لا يكون الا بعد الوجوب سواء اتصل الوجوب بقضاء ام لم يتصل فاذا ادعى المدعي حقاً وادعى المدعي عليه الأبراء يعتبر ادعاء المدعى عليه اذا برهن عليه لأنه مسقط للحق والاسقاط لا يكون الا بعد الوجوب . وكذا دعوى الدين فاذا اقر المدعي بأن لاحق له قبل المدعي عليه ثم ادعى عليه ديناً لاتسمع دعواه لا اصاله ولا كفالة ولا ارثاً ولا موروثاً اي لاتسمع دعواه بأن لمورثه الذي توفي قبل الاقرار بذمة المدعى عليه حق كان مجهولاً حين الاقرار عنده وكذا لاتسمع دعوى الورثة حقاً من اجنبي بعد اقرار مورثهم بان لاحق له قبل المدعي عليه . ولا يعتبر الابراء اذا كان مجهولاً فاذا ابرأ اهل قرية وهم قوم غير محصور ثم ادعى حقاً على احدهم تسمع دعواه . وكذا اذا ابرأ من حق معلوم فله الادعاء بغيره وكذا اذا ادعى على المدعي عليه بحق ثم ابرأ ذمته منه تسمع دعواه عليه بغيره . وكذا اذا اشار الى دكان وقال ليس لي في هذه الدكان شيء ثم ادعى بحق بموجوداتها فاذا كان ما ادعاه غير موجود بها وقت الاقرار تسمع دعواه والا فلا .

ولا تسمع دعوى المدعي بالغبن الفاحش والتغير وفساد البيع بعد ابراء ذمة المشتري من دعوى الغبن والتغير وفساد البيع . وكذا اذا ادعى نصف دار معلومة وقال انه لا يملك الا النصف المدعى به ثم ادعى كامل الدار فلا تسمع دعواه اما اذا ادعى نصف الدار فقط ولم يقر بعدم ملكيته للباقي لاتمنع دعواه الأولى دعواه الثانية . وكذا لاتسمع دعوى الوارث على الوارث الا آخر بحق بالتركة بعد اقتسامها والابراء من كل حق لها .

[ولكن يصح له ان يدعي عليه لغيره بالوكالة او الوصاية] . لأن الاقرار لا يسري على غير المقر . وكذا تسمع دعوى المقر لنفسه بما اقر به اذا اقر المدعي عليه ثانياً بدعوى المدعي لا يمكن تجديد الملك فاذا اقر المدعى عليه بدعوى المدعي ثم ادعى الابراء العام يعتبر اقراره دون

الابراء . وهذا ينحصر بالأعيان دون الديون لأن دعوى الدين لا تسمع بعد الابراء ولو اقر بها المدعى عليه ولأن الدين وصف يسقط بالسقوط والساقط لا يعود فإذا ابرأ الدائن ذمة مدينه من دينه عليه وقبل المديون هذا الابراء ثم ادعى الدائن الدين واقر له به المدعى عليه وادعى الابراء واقر له به المدعى تسمع دعواه الابراء ويقضى له بها .

مادة ١٦٥٠ [اذا ادعى احد مالا لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعيه لنفسه] ولا لغيره ولو كانت دعواه الأولى بالوصاية او بالتولية لأن الادعاء لآخر اقرار الا اذا وفق المدعى قوله بأن قال ان المال كان لموكلتي ثم اشتريته منه او تملكته بسبب كذا تسمع دعواه . وكذا الوكالة فاذا ادعى المدعي مالا وقال المدعى عليه ان هذا المال لموكلتي فلانة وانك كنت وهبته لها ثم ادعى بأن المدعى به ملكه لا تسمع دعواه . وكذا الوكالة فليس للوكيل الذي ادعى المال لموكله ان يدعيه لنفسه او لغيره لعل التناقض ايضا الا اذا وفق بين كلاميه بأن قال بان هذا المال كان لزيد ووكلني به ثم باعه لعمره تسمع دعواه .

[ولكن يصح له ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لأن الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك الى نفسه ولكن عند الخصومة لا يضيف احد ملكه الى غيره واذا اضافه لغيره يكون اقر له به] لذلك اذا ادعى احد ملكية عقار ثم ادعى به لغيره وانه وقفه عليه تسمع دعواه

مادة ١٦٥١ [كما ان الحق الواحد لا يستوفى من كل واحد من الشخصين على حدة]

كذلك لا يدعى الحق الواحد من جهة واحدة على رجلين]

لذلك اذا قبض الدائن حقه من الأصيل يبرأ الكفيل واذا اخذه من الكفيل يبرأ الأصيل . وكذلك اذا ادعى بأنه اعطى مبلغاً لزيد ليسلمه الى دائئه فلم يسلمه اياه وانكر المدعى عليه عليه دعواه وعجز المدعى عن اثباتها وحلف المدعى عليه اليمين ثم ادعى على غيره نفس الدعوى لا تسمع . وكذا ادعى بأن زيدا باعه فرساً استحق بعد الاثبات والحلف واخذ منه ولم يثبت دعواه البيع ثم ادعى البيع على عمرو لا تسمع دعواه الا اذا وفق بقوله كنت اشتريته من زيد وبعد ان جحد بيعي باعها من عمرو ثم اشتريته من عمرو واستحق . وكذلك اذا ادعى المستأجر

التعمير باذن زيد من المؤجرين ثم ادعاه باذن سمرو او باذن جميع الشركاء لا تسمع دعواه .
 مادة ١٦٥٢ [يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث كما يوجد في دعوى المتكلم الواحد فاذا اقام الوكيل او الوارث دعوى متناقضة للدعوى التي سبقت من الموكل او المورث في خصوص واحد فلا تصح] . فاذا قسمت التركة بين الورثة واقر كل واحد منهم بانه استوفى حقه ثم توفي احدهم وادعى وارثه حقاً من التركة لا تسمع دعواه .

مادة ١٦٥٣ [يرتفع التناقض] اولاً [بتصديق الخصم مثلاً ادعى احد على آخر الفاً من جهة القرض ثم ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه يرتفع التناقض] . وكذا اذا باع ماله من آخر واقر بقبض الثمن بموجب سند ثم ادعى جانباً الثمن تسمع دعواه اذا اقر بها الخصم والا فلا .

ثانياً : اذا ترك المدعي دعواه الأولى وحصر دعواه بالثانية تسمع دعواه ببعض الخصوصات فاذا ادعى الملك المطلق ثم ادعى الملك المقيد لا تسمع دعواه الا اذا ترك دعواه بالملك المطلق لأن الملك المطلق اكثر من الملك المقيد . ولا تسمع دعواه ببعض الخصوصات كمن ادعى الملك لزيد لا تسمع دعواه المالك لعمرو ولو ترك دعواه الاولى

مادة ١٥٥٤ ثالثاً [ويرتفع التناقض بحكم الحاكم] مطلقاً يستثنى من ذلك اذا ادعى المدعي الشراء من المدعى عليه دعواه وقال بأنه لم يبعه اصلاً فاثبت المدعي دعواه فادعى المدعى عليه وجود عيب قديم في المبيع وطلب رده للعيب فادعى المدعي عليه ابراء ذمته من جميع العيوب من المدعي لا تسمع دعواه .

[مثلاً ادعى احد المال الذي هو في يد غيره انه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي البينة على دعواه وحكم بذلك يرجع المحكوم بثمان المال على البائع لأن التناقض الذي وقع بين اقراره بكون

المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم إقراره وكذا اذا ضبط المال بالاستحقاق من يد المشتري فرجع المشتري على بائعه بالثمن بعد اثبات البيع وانكار البائع المدعى عليه البيع يرجع البائع على بائعه ولا يلتفت للتناقض .

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعي عليه بضمن مبيع باعه اياه واثبت دعواه البيع بعد الانكار من المدعي عليه العيب القديم تسمع دعواه

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعي عليه كفالة لآخر بدين واثبت الدين والكفالة بعد الانكار يرجع المدعى عليه الكفيل على المدين لأن التناقض رفع بحكم الحاكم

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعي عليه ثمن المبيع فادعى المدعي عليه الراء لو كيل المدعي واثبت دعواه بعد الانكار يرجع المدعي على الوكيل بالثمن

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعي عليه ديناً لمورثه فادعى المدعي عليه الاداء لوصي المدعي حينما كان قاصراً واثبت دعواه بعد الانكار يرجع المدعي على الوصي بما قبضه

مادة ١٦٥٥ رابعاً [يعنى التناقض اذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل خفاء] كالنسب والوصاية والطلاق والولاية والتولية والابراء والشراء فوراً والأرث والوقف ووجود

المال المغضوب فالتناقض بالنسب يعنى بالأصول والفروع فاذا قال ان هذا الولد هو مني بعد ان قال ليس مني تسمع دعواه لان النسب لا ينتفي بالنفي وكذا اذا قال انالست بوارث لفلان ثم ادعى الارث

وبين الجهة تسمع دعواه وكذا الطلاق فاذا تخالفت الزوجة مع زوجها ثم ادعت الطلاق الثلاث قبل المخالعة تسمع دعواها وكذا الورثة اذا اعطوا الزوجة ارثها لا يمنعوا من الدعوى بطلاقها

لخفاء ذلك عليهم لأنهم استصحبوا المال بالزوجة وخفيت عليهم البيئونة وكذلك الوصاية فاذا اعطى الورثة الوصي وصيته الموصى بها ثم ادعوا رجوع المورث بوصيته

تسمع دعواهم . وكذلك الوصي تسمع دعواه الغبن الفاحش بعد البيع وكذلك الحكم بالولي والوالي والمتولي . وكذلك المديون اذا دفع الدين وادعى بعد ذلك الابراء تسمع دعواه ويسترد

مادفعه لأنه كان حين الاداء مجهول الابراء وكذلك الوارث تسمع دعواه ابراء الدائن لمورثه بعد الاداء لجهالة ذلك عليه . وكذلك الشراء مستوراً فاذا اشترى المشتري مالا ضمن غلاف

ثم لما كشف عليه وجده انه له تسمع دعواه به . وكذلك وجود المال المغضوب فاذا ادعى المدعي قيمة المغضوب ثم ادعى وجوده عيناً في يد الغاصب تسمع دعواه .

[مثلاً اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بأنها هي ملكه وكان ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له خبر بذلك عند الاستئجار وابرزسنداً يحوي هذا المنوال فتصير دعواه مسموعة] لا مكان شراء الدار للصغير بدون علمه على ان طلب الاستئجار يناقض دعوى الملك راجع المادة ١٥٨٣

[كذلك لو استأجر احد داراً ثم حصل له علم بأن تلك الدار هي منتقلة اليه من ابيه ارثاً وادعى بذلك تسمع دعواه] وكذلك اذا ادعى الوصي الوصية فأنكرها الورثة وبعد ان اثبتها المدعي ادعى الورثة رجوع مورثهم عنها تسمع دعواه لا مكان ايضاً المورث ورجوعه بدون علمهم وكذا الصغير اذا اقر بعد بلوغه باستيفاء حقوقه جميعها من الوصي ثم ادعى بحق على الوصي تسمع دعواه . وكذا قاسم كرمًا ثم اطلع على ان الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثاً ولم يعلم بذلك وقت القسمة تسمع دعواه . وكذا ادعى الورثة نصف الدار لهم واقروا بالنصف الآخر لشخص آخر ثم ادعوا النصف الثاني بالارث عن مورثهم تسمع دعواهم خامساً يرتفع التناقض بالتوفيق كما سيأتي ذلك في المادة ١٦٥٧

مادة ١٦٥٦ [الأبتدار الى تقسيم التركة اقرار بكون المقسوم مشتركاً] وموروثاً عن المورث لأنهم حينما تقاسموا تعلق حقهم صورة ومعنى في عين التركة وانقطع حق المقاسم منها صورة ومعنى في الأعيان لا في الديون لأنها ثابتة في الذمة فلا تقسم قبل القبض

[بناءً عليه اذا ادعى احد بان المقسوم مالي بعد التقسيم فهو تناقض مثلاً لو ادعى احد الورثة بعد تقسيم التركة بانني كنت اشتريت احد هذه الأعيان المقسومة من المتوفي او كان المتوفي قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لا تسمع دعواه ولكن لو قال إن المتوفي كان قد وهبه لي حال كوني صغيراً ولم اكن اعلم بذلك حين القسمة

» م ٤٧ «

يكون معذوراً وتسمع دعواه] . وكذلك القسام كالورثة فلا تسمع دعواه بعد القسمة وكذلك الوصي فلا تسمع دعواه الملك بعد ان قبل الوصاية علماً بأن المال الموصى به هو للميت . اما الأبتدار لقسمة غلة المال لا تكون اقراراً بالشركة بالمال فالابتدار لقسمة ثمر الكرم لا تكون اقراراً بملكية المورث للكرم لا مكان كون المورث يملك الأثمار دون الارض . وكذا دعوى الدين على المورث فانها تسمع بعد قسمة التركة واذا اثبت الوارث دينه تنقض القسمة ما لم يقض دينه او نبراً ذمة الميت واذا باع احدهم حصته بطل البيع كالقسمة . واذا اقتسم الورثة التركة ثم ادعى احدهم ان اياه جعل له منها الشيء الفلاني ان قال كان في صغري يقبل وان مطلقاً لا

مادة ١٦٥٧ [لو امكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووقفهما المدعي او المدعى عليه ايضاً يرتفع التناقض] ولا يكفي امكان التوفيق بين الكلامين المتناقضين لأن التوفيق شرط اساسي لرفع التناقض لذلك لا بد من وجود ثلاثة احتمالات في التناقض وهي اما ان يكون التناقض غير ممكن التوفيق واما ان يكون قابلاً للتوفيق ولا يوفقه المتناقض او يوفقه ، فالدعوى بالصورة الاولى غير صحيحة وبالصورة الثانية صحيحة اما بالصورة الثالثة يوجد اربعة اقوال الاول التوفيق فعلاً لأن امكان التوفيق لا يكفي ، الثاني كون امكان التوفيق كاف مطلقاً فلو قال ان هذا المال لي اخذته من والدي حال حياته وصحته وانكر خصمه عليه دعواه فخلفه اليمين ثم ادعى الارث تسمع دعواه لأن امكان التوفيق اذ قد يكون اشتراء من ابيه ثم انكر عليه البيع ثم مات ابوه وورثه اما لو ادعى الارث ثم الشراء لا تقبل دعواه . والثالث اذا وقع التناقض من المدعي فلا بد من التوفيق فعلاً اذ لا يكفي بذلك امكان التوفيق واذا كان التناقض من المدعى عليه فأمكن التوفيق كاف لأن وجود التوفيق ظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق فيكفي بالدفع لا بالاستحقاق . والرابع الاكتفاء بامكان التوفيق اذا كان وجه التوفيق متحداً اما اذا كان وجه التوفيق متعدد فلا بد من التوفيق وهذا الاختلاف يجري بالتناقض الصادر من المدعي او من المدعى وشهوده او من المدعى عليه بناءً عليه اذا ادعى المدعى عليه بقوله لاحق لك علي اصلاً فأثبت المدعي دعواه فادعى المدعى عليه الابراء ويرهن يقبل دفعه على القول الثاني لأن حكمه لاحق لك تكون تارة دعواً للخصومة وتارة قضاء وتارة ابراء وامكان التوفيق موجود .

[مثلاً لو اقر احد بأنه كان مستأجراً في دار ثم ادعى انها ملكه لا تسمع دعواه ولكن لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها يكون قد وفق بين كلاميه فتسمع دعواه] . وكذا اذا اقر بما لم يزيد ثم ادعى شراءه بعد مدة يمكن الشراء بها تسمع دعواه . وكذا ادعى الهبة والقبض ثم ادعى الشراء بعد مدة تسمع دعواه [وكذلك لو ادعى احد على آخر الفأ من جهة القرض وانكر المدعي عليه ذلك بقوله لا اخذت منك ديناً ولم تجربيننا معاملة اصلاً ولا اعرفك واقام المدعي البينة على دعواه ثم قال المدعي عليه كنت اوفيتك المبلغ المذكور او كنت ابرأتني منه فلا تسمع دعواه لكونها مناقضة لانكاره] ولا يمكن توفيق هذا التناقض لعدم امكان التأويل الا اذا قال وان كان لم يجز بيني وبين المدعي معاملة الا ان شهودي قد سمعوا بأنه ابرأني فيقبل كلامه الأخير بهذا التوفيق وكذا اذا قال انني وان كنت لم اشتر منك الا انني اوفيتك دفعاً للنزاع يسمع كلامه وتوفيقه

[ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديوناً وقال المدعي عليه نعم كنت مديوناً ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه فله ان يدفع المدعي] لأن قوله ليس لك علي دين قط يستفاد منه انه كان مديوناً وادى الدين .

[وكذلك لو ادعى احد ودیعة على آخر وانكر المدعي عليه بقوله ما اودعت عندي شيئاً واثبت المدعي ذلك وقال المدعي عليه بعد الاثبات كنت رددتها اليك وسلمتها لك فلا يسمع دفعه هذا وياخذ المدعي الودیعة عيناً ان كانت موجودة عنده ويضمن قيمتها ان كانت مستهلكة] لأن قوله ما اودعت عندي شيئاً مناقضاً لقوله رددتها اليك . اما لو انكر المدعي عليه بقوله ليس لك عندي ودیعة بعدما ادعى المدعي بالوجه المشروح ثم اقام المدعي البينة وقال المدعي عليه كانت لك عندي تلك الودیعة

ولكن رددتها اليك وسلمتها لك فتسمع دعواه] . لأن قوله ليس لك عندي ودبعة يفيد التسليم ايضاً .

كذلك لو ادعى احد على آخر بدارٍ قائلاً بدعواه ان هذه الدار مورثة عن ايننا فقال المدعي عليه لاحق لمورثنا بهذه الدار ثم ادعى الشراء من والده تسمع دعواه الا اذا قال بان مورثنا لم يكن بوقت من الأوقات ذا حق بهذه الدار فلا تسمع دعواه الشراء بعد ذلك الا انه اذا ادعى اقرار مورثه تسمع دعواه

كذلك ادعى مالاً بيد المدعي عليه ارثاً عن ابيه او هبة من المدعي عليه ثم ادعاه شراً من المدعي عليه او ادعى مالاً بالشراء من المدعي عليه ثم قال اني اشتريته منه فأنكر علي الشراء ووهبني اياه بنظر فاذا لم يورخ بالدعواين او ارخ للثانية تاريخ مقدماً على تاريخ الأولى لا تسمع دعواه . وكذلك ادعى داراً بيد المدعي عليه ارثاً عن ابيه فقال المدعي عليه ان اباك لم يملك هذه الدار بوقت من الأوقات ثم ادعى شراءها من اب المدعي لا تسمع دعواه

مادة ١٦٥٨ [اذا اقر احد بصدور عقدٍ باتٍ صحيحٍ منه وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك العقد كان وفاءً او فاسداً فلا تسمع دعواه] الا اذا ادعى كذب الاقرار راجع المادة ١٥٨٩ [مثلاً لو باع احد داره لآخر في مقابلة ثمنٍ معلوم وسلمها ثم ذهب الى حضور الحاكم وافر بقوله اني بعت داري المحدودة بهذه الحدود لفلان في مقابلة هذا الثمن بيعاً باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بوثيقة شرعية وبعد ذلك ادعى ان البيع كان عقد بطريق الوفاء او بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه كذلك لو صالح احد آخر عن دعوى بينهما وافر في حضور الحاكم بان ذلك الصلح قد عقد صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك الصلح كان بشرط مفسد فلا تسمع دعواه] .

وكذا اذا وكل وكيلاً لاجراء عمل له وافر بانه وكله طائعاً مختاراً ثم بعد القيام بالوكالة ادعى بأن الوكالة كانت بالجبهر والاكره فلا تسمع دعواه وكذا اذا ابرأ رجل آخر ابراء عاماً من كل

حق ودعوي له عليه وربط اقراره هذا بحضور القاضي بسند ثم ادعى بان الاقرار وقع بشرط مفسد خلافاً لما جاء في السند فلا تسمع دعواه اما الولي والوصي والمتولي فلهم الادعاء بالغبن الفاحش بعد الاقرار بالبيع بدون الغبن في مال الصغير والوقف (انقروى)

مادة ١٦٥٩ [اذا باع احد مالا على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسله ثم ادعى الحاضر بانه ملكه مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذر فينظر الى الحاضر هل كان من اقارب البائع ام لا فان كان من اقاربه او زوجها او زوجته لا تسمع دعواه هذه مطلقاً] لأن حضوره وسكوته بعد البيع والتسليم دليل على عدم ملكه وهذا قد قيل بالنظر لاطماع الناس في عصرنا - اما اذا اقر المشتري بملكية المدعي قبل اقراره ولا ترد دعوى المدعي لمجرد حضوره في مجلس البيع - وبكفي لتناقض في هذا الباب اطلاع المدعي على البيع لا حضوره وسكوته فاذا اطلع على البيع والتسليم بعد يوم او يومين وسكت لا تسمع دعواه - وقد سكت المجلة عن بيان درجة القرابة في هذا الباب ولم يعلم منها فيما اذا كانت تشمل الأخوان والاخوات والاعمام ام لا وقد اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من قال بان الاعمام من الاقارب ومنهم من قال لا وعندي ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية قد عين درجات القرابة في المواد ٨١ و ٨٢ فيمكن الاستناد الى تلك المواد بذلك

واعلم بان كلمة البيع احترازية من وجه فيحترز بها من الأجارة والاعارة والرهن والبيع بالاستغلال والوصية لأن المالك يمكنه ان يرضى بانتقال منافع ملكه الى غيره ولا يرضى بانتقال نفس ملكه الى الغير وقد ورد هذا النص بحق البيع على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه

[وان كان من الأجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ان تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك بناءً او هدماً او غرساً ورأه الحاضر ثم بعد ذلك لو ادعى بقوله هذا ملكي او لي فيه حصّة فلا تسمع دعواه] لأن الاطماع في الاقارب اكثر منه في الأجانب ولذا قد اعتبر لزوم التصرف في الملك الذي يبيع من الاجنبي - اما مدة السكوت

فأنها تقدر من الحاكم . ولا بد من وقوع هذا البيع بلا عذر اما لو كان المدعي معذوراً كطفل البائع الولي الذي رأى عليه بيع ماله اضافة لنفسه وسكت او رأى المال وهو يباع وسكت لانه لا يعلم بأنه له فتقبل دعواه للخطأ .

« خلاصة الباب الأول »

تعريف الدعوى وتقسيمها الى دعوى صحيحة وفاسدة والدعوى الفاسدة اما ان تكون فاسدة الوصف او فاسدة الأصل وهي الدعوى الباطلة

شروط الدعوى : لا يشترط حضور الخصم غير المدعي عليه ولا يشترط بيان سبب الملك بالعين المدعى بها ولا يشترط تعريف وتوصيف المال الذي نشأ عن دعوى الدين

ويشترط عقل الطرفين ومعلومية المدعى عليه شخصاً (يستثنى من ذلك كتاب القاضي) ومعلومية المدعى به (يستثنى من ذلك دعوى غصب المجهول ورهن المجهول والوصية المجهولة) . وان لا يكون بالدعوى تناقض وان يطلب المدعي اخذ الحق من المدعى عليه وحضور الخصم حين الدعوى والشهادة والحكم وان يكون المدعى به محتمل الثبوت وبيان سبب وجهه الدين بدعوى الدين (على قول لأن احكام الدين تختلف باختلاف السبب) وبيان جنس ووصف ونوع ومقدار الدين

دفع الدعوى وانواعها [الدفع ودفع الدفع والدفع قبل الحكم وبعد الحكم والدفع الغير الصحيح] ويجب ان يكون دفع الدعوى من المدعى عليه يستثنى من ذلك اولاً الدفع من الوارث غير المدعى عليه فيسمع منه بالدعوى المقامة على التركة ثانياً اذا ضبط المال من المشتري بالاستحقاق تسمع بينة البائع على ان المدعي باعه اياه قبل ان يبيعه الى المشتري . وتبديل صفة الطرفين بدفع للدعوى واسباب ثبوت الدفع عبارة عن اقرار الخصم والبينة والنكول واقرار الشخص الثالث ببعض المسائل

وتقسم الخصومة اولاً الى ثلاثة اقسام القسم الاول الخصم منفرداً وهم ذو اليد بدعوى العين ولو كان مشترياً من بائع وكل من ترتب على اقراره حكم واحد الورثة ووصي الميت والموصى له بجميع المال عند عديم وجود الوارث والوصي والموهوب له من المتوفى في مرض الموت اذا تسلم الطبقة

القسم الثاني الخصم مع حضور غيره وهم أولاً أحد العامة بدعوى المنافع العامة ومثولي الوقف بالدعوى المقامة من أحد المتصرفين بالمستغلات الوقفية على الأشخاص السائرة ثانياً المسائل الخمسة وهي حضور المودع والمعير والمؤجر والراهن والمغضوب منه بالدعوى المقامة على المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن وغاصب الغاصب . أما ثبوت ذلك فيكون بالبينة وإقرار المدعي وتصديق صاحب المال ونكول المدعي عن اليمين وشروطه هو تعيين الغائب بدفع المدعي وشهادات الشهود ببيان اسمه وإن يكون اثبات الأبداع قبل الحكم وإن لا يقر المدعي عليه بأنه هو أو المدعي مالك للمدعي به قبل الدعوى أو في الحال وإن لا يدعي المدعي بأنه وكيل عن الغائب بالقبض وإن لا يدعي فعلاً على المدعي عليه وإن يكون المال المدعي به موجوداً وإن لا يكون المدعي به عائداً نفعه للعامة كالطريق العام . ثالثاً دعوى الاستحقاق على المشتري الذي قبض المدعي به فانها تكون بحضور البائع رابعاً دعوى الشفعة على المشتري الذي لم يقبض المبيع تكون بحضور البائع . أما الذين لا يكونوا اخصاماً فهم أولاً الوديع للمشتري والوديع للمغضوب منه ولموص له . ثانياً مديون المديون للدائن والمستأجر للمرتهن والوكيل بالأقراض للمستقرض والدائن للدائن الآخر ومشتري المشتري للبائع

ونقسم ثانياً الى سبعة اقسام وهي :

١ الخصم بأقامة الدعوى وإقامة البينة والاستحلاف

٢ الخصم بالدعوى والاستحلاف

٣ الخصم بالدعوى وإقامة البينة

٤ الخصم بالدعوى وإقامة البينة دون الأقرار واليمين

٥ الخصم بالأقرار فقط

٦ الخصم بأقامة البينة دون الأقرار واليمين

٧ الخصم بتسليم المدعي به فقط

التناقض هو سيق كلام من المدعي مناف لدعواه إلا أنه لا يمنع دعوى الأبوة والنسب التناقض يتحقق بكلام الشخص الواحد وبكلام الشخصين الذين هما بحكم الشخص الواحد يرتفع التناقض بتصديق الخصم وبترك الدعوى الأولى والتمسك بالدعوى الثانية (يستثنى من ذلك ادعاء المال لزيد ثم لعمره) وبكذيب الحاكم وبمعدرة المدعي في محل الخفاء وبالتوفيق

ولا بد من وجود ثلاث صور في الكلامين المتناقضين الاولى عدم امكان التوفيق فتكون الدعوى غير صحيحة والثانية ان لا يوفق المتناقض كلامه مع امكان التوفيق وبهذه الصورة اربعة اقوال وهي اولاً لزوم التوفيق فعلاً اذ لا يكفي امكان التوفيق = ثانياً كفاية امكان التوفيق مطلقاً ثالثاً عدم كفاية امكان التوفيق بتناقض المدعى دون المدعى عليه رابعاً كفاية امكان التوفيق اذا كان وجه التوفيق متحداً وعدم كفايته اذا كان وجه التوفيق مختلفاً والثالثة ان يوفق المدعى كلامه مع امكان التوفيق وهذا صحيح .



❖ الباب الثاني ❖

(في حق مرور الزمان)

مرور الزمان نوعان النوع الاول اجتهادي وهو ست وثلاثون سنة فلا تسمع الدعوى التي تركت هذه المدة لأن الدعوى التي تركت خلال هذه المدة مع وجود الأعداء لا تسمع لدلالة عدم وجود الحق .

النوع الثاني هو مرور الزمان المعين من طرف السلطان فالدعوى الممنوعة رؤيتها بهذا النوع ترى اذا امر السلطان برؤيتها وللسلطان منع بعض الحكماء من سماع هذه الدعوى والأذن لبعضهم بسماعها ولذا فان مشايخ الاسلام عندما افتوا بهذا النوع من مرور الزمان قالوا « ان الدعوى لا تسمع بلا امر » الا ان هذا النهي هو بحق الحاكم لا بحق الحكم لأن الحكم اذا حكم بقضية بعد مرور هذه المدة ينفذ حكمه وللحاكم ايضاً ان يحكم بطريق التحكيم بقضية من هذا النوع اذا حكم من الطرفين المتخاصمين .

واعلم بأن مرور الزمان وان كان يمنع سماع الدعوى الا انه لا يثبت حقاً فاذا تمسك المدعى عليه بمرور الزمان لا تبرأ ذمته من دعوى المدعي

اما الدعوى الذي منع الحكماء من رؤيتها فهي :

اولاً الدعوى التي مر الزمان عليها

ثانياً دعاوى المواضعة والأسم المستعار (راجع الفقرة الموقوفة من المادة الرابعة من قانون التصرف في الاموال غير المنقولة)

ثالثاً دعاوى فراغ الأراضى التي لم تجر بحضور مأمور التملك

رابعاً دعاوى بيع وشراء العقارات اذا لم تكن جارية بدوائر الطابو (راجع الارادة السلطانية

المؤرخة في ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٠ و ١٧ ايلول سنة ١٣١٨

خامساً دعاوى الرهن والشرط والوفاء والأستغلال التي لم تدرج في السند فقد منع الحكماء من

رؤيتها بتاريخ ٢٨ رجب سنة ١٢٩١ و ٢٨ اغسطس سنة ١٢٩٠

سادساً دعاوي فراغ الأراضي الاميرية بشرط الاعاشة الغير المندرج في السند فهي ممنوعة بتاريخ ١٨ صفر سنة ١٣٠٦ و ١٢ تشرين اول سنة ١٣٠٤

سابعاً دعاوي فراغ المستغلات الموقوفة بشرط الاعاشة الغير مندرج في السند
ثامناً دعاوي الفراغ الوفاي الغير مندرج في السند

تاسعاً دعاوي اولوية الخليط والشريك في فراغ الأراضي الاميرية بعد مرور خمس سنوات
عاشراً دعاوي حق الرجحان من صاحب الأبنية والاشجار القائمة في الأراضي الجارية
بتصرف الغير اذا افرغت تلك الاراضي من متصرفها لغير صاحب الاشجار والابنية بعد عشر سنوات (الا ان هذا الحكم قد عدل بقوانين الاموال الغير المنقولة اذا اعتبرت الاشجار المغروسة بعد تاريخ قانون التصرف تابعة للارض)

حادي عشر دعاوي حق الرجحان لأهالي القرية المحتاجين للارض المفروغة من متصرفيها
لغير سكان تلك القرية بعد مضي سنة واحدة

ثاني عشر دعاوي حق الطابو لأصحاب الاشجار والأبنية القائمة في الاراضي المحلولة اذا
افرغت لغيرهم بعد مضي عشر سنوات

ثالث عشر دعاوي الخليط والشريك بتلك الاراضي بعد مضي خمس سنوات ودعاوي
اصحاب الاحتياج لتلك الاراضي بعد مضي سنة واحدة

رابع عشر دعاوي الربح المزمع الزائد عن تسعة في المائة
خامس عشر عدم سماع دعوي البلوغ ممن لم يكمل الخامسة عشرة من عمره اذا كانت جثته
لا تحتمل البلوغ

اما السنة التي تعتبر في مرور الزمان فهي السنة الهجرية لا الرومية حتى ولو كانت تاريخ
السند رومياً

ويعتبر مبدأ مرور الزمان من تاريخ ثبوت الحق ومنتهاه اقامة الدعوى بحضور الحاكم . واذا
اثبت مدعي مرور الزمان في دعواه يقضى له بها واذا لم تثبت بالبينة يحلف خصمه اليمين لأن كل
موضع يلزم به الخصم اذا اقر يحلف اليمين عند انكاره والخصم اذا اقر بمرور الزمان يحكم باقراره
وترجع بينة مدعي مرور الزمان على بينة مدعي عدم وجود مرور الزمان سواء كان المدعي به
وفقاً او ملكاً او ارضاً اميرية

ولا تمنع دعوى مرور الزمان لمجرد اقامة الدعوى واستحصال الحكم فاذا ادعى المدعي بدعوى واخذ حكماً على المدعى عليه ولم يطلبه بظرف خمس عشرة سنة ولم ينفذه بدائرة الاجراء يسقط الحكم بمرور الزمان

و يعتبر مرور الزمان اذا وقع التصرف بلا نزاع اما اذا نازع المدعي المدعى عليه في المسمى به ولم يمض على آخر دعوى اقامها عليه خمس عشرة سنة لا يلتفت لدعوى المدعى عليه مرور الزمان وكذا اذا ادعى المدعى عليه مرور الزمان وادعى المدعي تصرف المدعى عليه تلك المدة بالوكالة عنه ترد دعوى المدعى عليه .

مادة ١٦٦٠ [لا تسمع دعوى الدين] ولو كان ديةً [والوديعة] والعارية [والمالك العقار] وكذا المالك غير العقار والحيوان والأمتعة والقصاص [والميراث وما لا يعود من الدعاوي الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة او التصرف بالأجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة] . اما دعاوي الطلاق والنكاح والوصية وما شابهها فالحجة سكنت عن مرور زمانها ويجدر بنا ان نقول ان مرور الزمان الناشئ من المنع السلطاني لا يشمل غير الدعاوي الممنوعة صراحةً فيجب والحالة هذه سماع كل دعوى لم يكن منهيًا عنها الا اذا كان مرور الزمان اجتهادي .
وتنقسم المدد لمرور الزمان في الدعاوي الحقوقية الى اقسام :

الأول الدعاوي المتعلقة بأصل الوقف ودعوى رقبته الأرض من صاحب الارض وعليه لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة راجع المواد ١٦٦١ و ١٦٦٢
الثاني دعاوي الدين والعارية وما جاء في هذه المادة من الدعاوي فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة

الثالث مرور الزمان الذي هو عشرة سنوات راجع المادة ١٦٦٢

الرابع مرور الزمان بحق الأراضى الخالية والمحولة التي تركت وفوضت للمهاجرين فزرعوها وانشأوا فيها ابنية لا تسمع دعوى الاستحقاق بها بعد مضي سنتين كاملتين
الخامس مرور الزمان بشهر واحد .

السادس مرور الزمان بحق العقارات التي بيعت بالمزايدة بدوائر الطابو فهو لتاريخ الاحالة القطعية على ماجاء بقانون التصرف في الاموال الغير المتقولة - لذلك لا تسمع دعوى الدين بعد خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق سواء كان الدين لأحد الناس او للأشخاص المعنوية كبيت المال

وقد ورد في الأرادة السنية المؤرخة في ٢٠ محرم سنة ١٣٠٠ و ١ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ عدم سماع دعوى دين بيت المال على الأفراد اذا مر عليها خمس عشرة سنة وكذلك دعوى الوديعة والعارية والميراث والملك والعقار ودعوى المقاطعة المملوكة القائمة بأرض الوقف ودعوى التولية وغلة الوقف لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة

ويمكن تصوير المقاطعة والتصرف بدعوى الوقف بأربعة وجوه الأول الملك المبني بأرض الوقف فتسمع فيه الدعوى لخمس عشرة سنة والثاني ان يكون المدعى به موقوفاً بأجرة واحدة وهذا لا يمكن اقامة دعوى التصرف فيه والدعوى المقامة من متولي الوقف تسمع الى ست وثلاثين سنة والثالث ان يدعي صاحب المقاطعة على الوقف فتسمع دعواه ثبوت ملكه المحترم بالوقف لمدة خمس عشرة سنة - والرابع دعوى متولي الوقف على صاحب المقاطعة ببدل المقاطعة فهذه الدعوى هي دعوى دين

اما دعوى التصرف بالأجارتين بعقارات الوقف اما ان تكون من احد المتصرفين على المتصرف الآخر بحق الملك المحترم أو الفراغ الوفاي وهذه الدعوى لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة واما ان تكون بين المتصرف ومتولي الوقف فلا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة سواء كان المدعى عليه متولي الوقف الذي ينكر ملكية المدعي بالأستناد الى تصرف الوقف او كان المدعى عليه هو المتصرف وجهة الوقف تدعي التصرف بدون دفع الاجرة -

مادة ١٦٦١ [تسمع دعوى المتولي والمرزقة التي هي في حق اصل الوقف الى ست وثلاثين سنة] فأصل الوقف هو كل شيء تعلقت به صحة الوقف وشرط الوقف هو كل شيء لا تثوقف عليه صحة الوقف - وتسمع دعوى المتولي بحق اصل الوقف سواء كانت توليته مشروطة او بنصب الحاكم - الا ان قانون توجيه الجوات قد اعطى حق توجيه التولية الى لجنة الاوقاف - أما المرزقة فهم الذين يأخذون راتباً من غلة الوقف كالأخدمة والأئمة ويقال لهم

اهل الوظائف وقد اختلف الفقهاء بخصوصيتهم في دعاوى الوقف فمنهم من قال بعدم جواز خصوصيتهم ومنهم من قال بجوازها وقد وردت هذه المادة مطلقة ويفهم من اطلاقها جواز خصوصيتهم الا ان هذه الخصوصية اذا قيدت بأذن الحاكم يكون قد رد على القول الأول والثاني وهذا ما جرت عليه المحاكم الشرعية حتى تاريخ نشر نظام توجيه الجهات . ولا فرق بين ان يكون المدعى به في اصل الوقف مالاً عقارياً او منقولاً فمرور الزمان بدعاوى النقود والمنقولات الموقوفة هو ست وثلاثون سنة . اما ربح النقود الموقوفة وغلة العقار والمال الموقوف لا تسمع بعد خمس عشرة سنة .

[ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف احد في ملكٍ ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف انه من مستغلات وقني فلا تسمع دعواه] . وكذا اذا تصرف وقف في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف آخر انه من مستغلات وقفه لا تسمع دعواه .

مادة ١٦٦٢ [ان كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة] سواء ادعى المدعي رقبة الطريق ورقبة المسيل او ادعى حق المرور وحق التسييل فقط [وان كانت في عقار الوقف فلمتولي ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة] سواء كان المدعى عليه شخصاً عادياً او شخصاً معيناً او وفقاً واذا كان المدعي يدعي الملك في الطريق والمسيل على رقبة الوقف فمرور الزمان خمس عشرة سنة . [ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب التي هي في الاراضي الأميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنين] . اي لا تسمع دعوى التصرف في الأراضي الأميرية بعد هذه المدة اما دعوى الرقبة فإنها تسمع بعد ست وثلاثين سنة كما هو حكم الأرادة السنية المؤرخة في ٢٢ محرم سنة ١٣٠٠ و ٢٢ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ ولا فرق بين الدعوى التصرف في الأراضي الأميرية الصرفة او الاميرية الموقوفة او دعوى التصرف ضد دعوى مأمور التملك بأن الاراضي

محمولة فجميعها لا تسمع بعد مرور عشر سنين . اما دعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الاراضي الأميرية فانها لا تسمع بعد عشر سنين .

مادة ١٦٦٣ [المعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لأستماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر واما الزمان الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً سواء كان له وصي او لم يكن او كونه في ديار بعيدة مدة سفر او كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر بناءً عليه يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه] . لذلك اذا كان لزيد في ذمة عمرو الف قرش فتغيب عمرو عشر سنين ثم حضر يعتبر مبدأ مرور الزمان من تاريخ حضوره لأن من المقرر ان التبرك لا يتأق من الغائب له او عليه لعدم حصول الجواب منه بالغيبة والعلة هي خشية التزوير ولا يتأق بالغيبة الدعوي عليه (رد المختار) .

وفهم من هذه المادة ان الأعدار ثلاثة الأول القصر والجنون والعته سواء كان القصر موجوداً في الأصل او طراً على حال البالغ العاقد بناءً عليه اذا عقد البالغ عقداً ثم طراً عليه عته او جنون ودام عشر سنين فيعتبر مرور الزمان بحق ديونه واماناته خمس وعشرين سنة . الثاني الغيبة فانها تضاف الى مدة مرور الزمان سواء ابتدأت في الأصل بغيب المدعي عليه بأن استدان بكتاب تحريري ارسله الى الدائن وبعد ان قبض المبلغ لم يعد الى المدينة ومضى على ذلك خمسين سنة او كان موجوداً في بلد المدعي وقبل مضي مدة مرور الزمان سافر وغاب . اي لا بد من مرور مدة مرور الزمان بحق خصمين لم يكن احدهما غائباً عن الآخر ولا يسقط مرور الزمان اذا كان المدعي عليه غائباً ولو وكل قبل غيابه باطلاع خصمه لان كثيراً من الدعاوي تحتاج الى التحليف مثلاً والتحليف لا يكون الا من المدعي عليه . ويعتبر مرور الزمان بحق الغائب ولو كان وارثاً فاذا كان لرجل بذمة ميت مبلغاً وتوفي الميت وترك ورثة بعضهم حاضر في المدينة والبعض الآخر غائب فيعتبر مرور الزمان بحق الحاضر فقط لا بحق الغائب .

الثالث التغلب فاذا مضت مدة مرور الزمان بحال التغلب لا تعتبر . ويعتبر التغلب سواء حصل في اول المدة او في اواسطها .

ويوجد غير هذه الأسباب سبب آخر وهو منع الزوج زوجته من اقامة الدعوى فانها تقيم دعواها في مدة مرور الزمان التي تبدأ بعد زوال المنع .

[مثلاً لا يعتبر مرور الزمان الذي مر حال صغر المدعي وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ كذلك اذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الا دعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب] .

اما عدم العلم فليس من الأ عذار سواء كان المدعى به ملكاً او ارضاً اميرية او حقاً او كان المدعي اصيلاً او وارثاً او موصى له . واذا تعارضت بينة مرور الزمان بعذر ومروره بدون عذر ترجح بينة مدعي العذر .

مادة ١٦٦٤ [مدة السفر هي ثلاثة ايام اي مسافة ثمانى عشرة ساعة بالسير المعتدل] ولو كان سير البريد او سير السيارات والقاطرات الحديدية اقل من ذلك .

مادة ١٦٦٥ [ساكني بلدين بينهما مسافة سفر اجتماعا في بلدة في كل سنوات مرة ولم يدع احدهما على الآخر شيئاً وكانت محاکمتها ممكنة فبعد ما وجد مرور الزمان بهذا الوجه لا تسمع دعوى احدهما على الآخر بتاريخ اقدم من مدة المرور] . ولا بد من اجتماعهما اكثر من مرة في اثناء هذه المدة لتحقق مرور الزمان بينهما ولا يقال بأن القسم الاول اي القسم من المدة التي مر قبل اجتماعها يجب تنزيله لانهما لم يجتمعا فيه واجتماعهما بعده لا يمنع اعتبار هذا القسم لأن المدة تزول بزوال المانع وقد زال باجتماعهما اكثر من مرة فإذا قلنا بعدم زواله وجب علينا اعتبار المدة الاولى ومتى اعتبرناها وجب علينا ايضاً اعتبار المدة الثانية والثالثة والرابعة وما يليها من المدد .

مادة ١٦٦٦ [اذا ادعى احد على اخر خصوصاً في حضور المحاكم في كل سنوات مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة] اذا كانت الدعوى من الدعاوي التابعة لهذه المدة [فلا يكون هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى واما ما لم يكن

في حضور المحاكم من الادعاء والمطالبة فلا يدفع مرور الزمان بناءً عليه اذا ادعى احد خصوصاً في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه] ولا بد من ان يكون الطلب بالدعوى بحضور الحاكم وبمواجهة الخصم كما هو صريح هذه المادة والمادتين ١٦١٣ و ١٦١٨ بناءً عليه اذا قدم المدعي استدعاءه بظرف مدة مرور الزمان وعر الزمان قبل يوم المحاكمة ترد الدعوى بطلب الخصم لمرور الزمان اذ ان تقديم الاستدعاء وقيده لا يكفي لقطع مرور الزمان على ما جاء في هذه المادة لأن الطلب الذي لم يكن بمواجهة الخصم لا يسمى دعوى . الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية جعل تاريخ قيد الاستدعاء مبدأ للدعوى فصار من الواجب اعتبار مبدأ مرور الزمن من تاريخ الاستدعاء .

مادة ١٦٦٧ [يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء للمدعي بالمدعى به فمرور الزمان بدعوى دين مؤجل انما يعتبر من حلول الأجل لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل] وليس للدائن حبس مديونه وتوقيفه من اجل الدين المؤجل انما يجوز اثبات الدين قبل حلول الأجل ويؤخر امر التحصيل والاستيفاء لحلول الأجل . وكذلك الزوجة فان لها اثبات مهرها المؤجل قبل الطلاق والوفاة (هندية) . الا ان المدعي اذا عجز عن اثبات الدين المؤجل لا يحلف خصمه قبل حلول الأجل [مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا درهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتهك اياه قبل خمس عشرة سنة مؤجلاً بثلاث سنين تسمع دعواه لأنه يكون قد مر اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الأجل كذلك لا يعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للأولاد بطناً بعد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الأول لأنه ليس للبطن الثاني صلاحية الادعاء مادام البطن الأول موجوداً] لذلك لا تحسب المدة التي مضت بزمان البطن الاول الا اذا كانت ست وثلاثين سنة لأن البطن الثاني لا يستحق ريعاً والا استحقاقاً ولا غلةً ولا توليةً مادام البطن الأول موجوداً

وكذلك التولية إذا ضبطت أربع عشرة سنة بمدة استحقاق البطن الأول وضبطت أربعة سنوات بمدة استحقاق البطن الثاني تسمع دعوى البطن الثاني بها لأن صلاحية الادعاء لا تحقق للبطن الثاني إلا بعد انقراض البطن الأول لأن البطن الثاني يستحق ريع الوقف والتولية بمقتضى شرط الواقف لا بطريق الأثر . وإذا مر الزمان بأصل الوقف والتولية أيام البطن الأول فهل تسمع الدعوى من أصحاب البطن الثاني ؟ تلك مسألة وإن كانت لم ينص الفقهاء عنها إلا أن ادلتهم لما كانت لا تثبت مسائل كلية فالواجب يقضى أيضاً بسماع هذه الدعوى وقد ورد في البهجة بكتاب الشهادة أن القاضي إذا حكم بدعوى التولية المشروطة بعد أربعين سنة من ضبطها فحكمه ينقض إلا أن هذه الفتوى لا تتضمن صراحة ما يحق للبطن الثاني .

[وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو تاريخ موت أحد الزوجين لأن المهر المؤجل لا يكون مجعلاً إلا بالطلاق أو الوفاة] .

وكذا إذا طلب المدعي منع المعارضة له بتصرفه بأرض أميرية قائلاً بدعواه أن الأرض الأميرية المحدودة بحدود كذا الموضوع اليد عليها من فلان منذ أكثر من عشر سنوات هي جارية بتصرفي فأطلب منع معارضة المدعى عليه لي بها وتسليمها لي فادعى المدعي عليه التفرغ من المدعي بأذن صاحب الأرض واستند إلى التصرف المانع لسماع الدعوى فقبل دعواه وتبقى الأرض بيده سواء ثبت التفرغ أم لا .

مادة ١٦٦٨ [لا يعتبر مرور الزمان في دعوى الطلب من المفلس إلا من تاريخ زوال الإفلاس مثلاً لو ادعى أحد من تلاميذ أفلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بأنه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهة الفلانية كذا دراهم طلب ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ لم يمكن الأدعاء ولا اقتدارك الآن على أداء الدين ادعي عليك به تسمع دعواه] .

مادة ١٦٦٩ [اذا ترك احد الدعوي بلا عذر ووجد مرور الزمان على ما ذكر آنفاً فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته كذلك لا تسمع من ورثته بعد مماته ايضاً] .
لأن الوارث يقوم مقام المورث وكذلك الحكم بالمسقطات والمستغلات الوقفية والأراضي الأميرية خلافاً للخلعة والتولية المشروطة بطناً بعد بطن ونسلاً بعد نسل .

مادة ١٦٧٠ [اذا ترك المورث الدعوي مدة وتركها الوارث ايضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع] . وكذلك الحكم بالبائع والمشتري والمفروغ والمتفرغ .

مادة ١٦٧١ [البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالمورث والوارث] وكذلك الفارغ والمفروغ له [مثلاً اذا كان احد متصرفاً في عرصة متصلة بدار خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عندما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشتريتها فلا تسمع دعواه كذلك لو سكت البائع مدة والمشتري مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان لا تسمع دعوى المشتري] وكذلك الحكم بالفارغ والمفروغ له في الأراضي الأميرية والمسقطات والمستغلات الوقفية .

مادة ١٦٧٢ مرور الزمان يتجزأ بناءً عليه [لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوي مال الميت الذي هو عند الغير ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر والجنون والعتة وادعى به واثبته يحكم بحقه في المدعى به ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة] . وكذلك الحكم بالأعيان فان الدعوي بها لا تسقط بمرور الزمان بنحى القاصر والمعتوه والجنون ولو سقطت بحق البالغ العاقل الحائز على الأهلية التامة

مادة ١٦٧٣ [ليس لمن كان مقراً بكونه مستأجراً] او مستعيراً او مستودعاً او مرتهناً او غاصباً او مزارعاً او مساقٍ [في عقارٍ ان يملكه لمرور زمان از يد من خمس

عشرة سنة] لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمن ولأن وضع اليد مدة طويلة لا يعد من اسباب الملك .

[واما اذا انكر وادعى المالك بأنه ملكي وكنت أجرتك اياه قبل سنتين وما زلت اقبض أجرته فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفاً بين الناس والا فلا] .
سواء كان العرف حقيقياً وهو ماثب بالتواتر او حكماً وهو ماثب باخبار الخبيرين على طريق الشهادة الا ان التواتر قد منع في زماننا والايجار اصبح يحتاج لبينة خطية على ما جاء بدلالة نظام ايجار العقار الأخير لان هذا النظام اوجب استيفاء الجزاء النقدي ممن لا ينظموا اسناد ايجار في العقارات المأجورة فصار من الواجب اثبات الأيجار بأقرار او بنكول او ببينة خطية . وكذا الحكم بالإعارة والايداع والرهن فانه يحتاج الى الاثبات سواء كان المدعى به ملكاً او من المسقفات والمستغلات الوقفية والأراضي الأميرية .

مادة ١٦٧٤ [لا يسقط الحق بتقادم الزمان] لذلك اذا ادعى احد مالا وتمسك المدعى عليه بمرور الزمان وردت دعوى المدعي يخلص المدعي عليه من الدعوى قضاءً لا ديانةً لأن الحق يبقى بذمته لصاحبه وقد وقع الاجتهاد والأمر السلطاني برد الدعوى لمرور الزمان عند تمسك الخصم منعاً للتزوير لأن الانسان لا يترك حقه مدة طويلة بدون طلب .
[بناءً عليه اذا اقر واعترف المدعي عليه صراحة في حضور الحاكم بأنه للمدعي عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعي عليه] سواء كان الأقرار شفاهياً او خطياً بموجب سند معنون ومرسوم معترف به او منكر لم يمر عليه الزمان وثبت بالتطبيق . ويجب على المدعي عليه بدعوى مرور الزمان ان ينكر دعوى المدعي مع التمسك بمرور الزمان لأن مرور الزمان وحده لا يكفي .

واعلم بأن كلمة (في الحال) الوارد ذكرها في هذه المادة ليست بقيد احترازي ولا يحتزرها بها من الأقرار بالحق في الزمان الماضي وقد ذكرت في هذه المادة على هذا الوجه اقتباساً من فتاوي مشايخ الاسلام لذلك اذا قال المدعي عليه ان هذه الدار كانت للمدعي منذ اربع او ست

عشرة سنة واشتربتها منه يكون قد اقر بملكية المدعي ويكلف لأثبات الشراء واذا عجز عن اثبات دعواه وحلف خصمه اليمين على طلبه يرد دفعه ويحكم للمدعي بدعواه .

وكذلك الحكم بالدين فاذا اقر المدعى عليه بالدين المدعى به وادعى بانه استقرضه من المدعي منذ عشرين سنة واداه له يكلف لأثبات الأداء والا يرد دفعه . وكذلك الحكم بالمسقات والمستغلات الموقوفة والاراضي الأميرية .

[واما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية لا تسمع دعوى الأقرار] ما لم تتأيد بدليل خطي راجع المادة ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية لأن هذه الدعوى لم تكن سالمة من شائبة التصنيع والتزوير .

[ولكن الأقرار الذي ادعي ان كان قد ربط بسند حاو لخط المدعي عليه المعروف او ختمه مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند الى مدة الدعوى تسمع دعوى الأقرار على هذه الصورة .

مادة ١٦٧٥ [لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر العام والمرعى العام] لوجود الصغير والمجنون والمعتوه والغائب بينهم ومرور الزمن لا يجري بحق هؤلاء ولا يتجزى

[مثلاً لو ضبط احد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم] .

اما اذا كان المرعى مخصصاً لرجل فالدعوى تسقط بحقه بعد خمس عشرة سنة واذا كان مخصصاً لوقف فالدعوى تسقط به بعد مرور ست وثلاثين سنة واذا كانت من الارضي الأميرية فالدعوى تسقط بحقه بعد مضي عشر سنين .

خلاصة الباب الثاني

« مرور الزمان »

مرور الزمان بالدعوى الحقوقية نوعان

النوع الأول اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة وينقسم الى ستة اقسام الاول دعوى المتولي والمرتزة بأصل الوقف والثاني دعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب بالعقارات الموقوفة والثالث دعاوي المتعلقة بأصل النقود الموقوفة والرابع دعوى الطريق بعقار الواقف اذا كان ما يرجع اليه العقار وفقاً والخامس دعوى الطريق بعقار الملك اذا كان ما يرجع اليه العقار وفقاً والسادس دعاوي مأموري الأراضي الأميرية بحق رقبة الأرض .

النوع الثاني مرور الزمان المعين بالأمر السلطاني وهذا اما ان يكون خمس عشرة سنة وهو اولاً دعاوي الدين والوديعة والعارية والعقار الملك والميراث ودعوى التصرف بالمقاطعة والأجارين بالعقارات الموقوفة ودعاوي التولية المشروطة والغلة ثانياً دعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار المملوك ودعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار الموقوف اذا كان العقار الذي يرجع اليه الطريق والشرب والمسيل ملكاً .

واما ان يكون عشرين سنة وهو دعاوي حق التصرف في الأراضي الأميرية ودعاوي الطريق الخاص والمسيل والشرب بهذه الأراضي .

واما ان يكون سنتين فقط وهو دعاوي التصرف التي تقام على المهاجرين الذين نفوضوا الأراضي مجاًناً وزرعوها وبنوا فيها ابنةً

الفرق بين مرور الزمان الاجتهادي والسلطاني هو ان الأول لا تسمع فيه الدعوى مطلقاً والثاني تسمع فيه الدعوى بأذن السلطان .

مبدأ مرور الزمان يعتبر من تاريخ صلاحية المدعي للدعوى وهذه الصلاحية تعتبر بنجام الاجل في الدين المؤجل وبالطلاق والوفاة بالمهر المؤجل وبفسار المفلس الأعداء المانعة لمرور الزمان هي :

١ القصر والصغر والجنون والعتة

٢ الغيبة والأقامة في محل مدة السفر البعيد

٣ التغلب

٤ ممانعة الزوج زواجه صاحبة الحق من طلب حقها .

الخاتمة

« بحق مايتعلق بمرور الزمان من القانون المدني الأفرنسي »

ان القانون المدني الأفرنسي لم يبحث عن الدعوى ودفع الدعوى بأبواب وفصول مستقلة بل ترك هذا البحث الى اصول المحاكمة ولذلك لم نر لزوماً للبحث عن الدعوى ودفعها بل اقتصرنا البحث على مرور الزمان فنقول ان القانون الافرنسي عرف التصرف بأشغال المال او الحق او الأنتفاع بهما بالذات او بواسطة وكيل واشترط لمرور الزمان التصرف المستعز بصفته صاحب الملك بلا انقطاع وبدون نزاع ونهية (راجع المادتين ٢٢٢٨ و ٢٢٢٩ ق ٤ م ١٤) . وورد في المادة ٢٢٣٠ من القانون المذكور لزوم اعتبار التصرف موجباً لمرور الزمان اذا لم يثبت وقوع التصرف وكالة . وقد منعت المادة ٢٢٣٣ تحقق مرور الزمان بالتصرف الواقع بالجبر والاكره . وقد بحث هذا القانون عن الأعذار الموجبة لعدم اعتبار مرور الزمان ومن جعلتها التصرف بالوكالة وبالأستيجار والأستيداع (راجع المادة ٢٢٣٦ وما بعد) . وينقطع مرور الزمان بتصرف الغير بالمال مدة سنة فأكثر بتقديم الأستدعاء الى المحكمة ولو كانت غير ذي وظيفة لرؤية الدعوى وتقديم ورقة الصلح للدوائر الصلحية وأقرار المديون وذوي اليد بالمدعى به (راجع المادة ٢٢٤٢ فما بعد) .

وقد اوجب هذا القانون اعتبار مرور الزمان بحق سائر الناس ماعدا الصغير والمحجور والزوجين اما مدة مرور الزمان فهي ثلاثون سنة بحق دعاوي الأموال والاشخاص - وثمانية وعشرون سنة بحق من يتعهد تسليم الأيراد المرتب السنوي وعشر سنين بحق العقارات التي تملكها اصحابها بدون حيلة اذا كان مدعيها ساكناً في مدينة العقار وعشرون سنة اذا كان المدعي مقيماً خارج مدينة المدعى به . واذا كان المدعي يسكن تارة بمدينة العقار المدعى به ويسكن تارة اخرى في خارجها يعتبر مرور الزمان بحقه عشر سنوات - انما تغير كل سنتين من السنين التي قضاها في خارج مدينة العقار بمقابل سنة واحدة - ويعتبر مرور الزمان ستة اشهر بحق دعاوي المعلمين والمدرسين بطلب اجورهم وبحق اصحاب الخانات والنزل بطلب الأجور ويوميات عمالهم ومستخدميهم وسنة

واحدة بحق دعاوي الأطباء والجراحين اذا ادعوا اجور الزيارات والعمليات وبحق مدراء المدارس الليلية وسنتان بحق دعاوي الوكلاء المقامة بطلب الأجور وذلك اعتباراً من تاريخ الحكم او العزل من الوكالة وهكذا فان هذا القانون قد قسم مرور الزمان الى اقسام عديدة خلافاً للمجلة فان مرور الزمان ينحصر بها ببعض الحدود دون المدد الأخرى اما القانون المدني التركي فإنه قريب من القانون المدني الأفرنسي بحق ما يتعلق بمرور الزمان لذلك لم نر لزوماً للبحث مفصلاً فيما يعود الى هذا القانون من الخصوصيات وترك ذلك الى مراجعة الطالب اذا وجد لزوماً لذلك .

« انتهى »



الكتاب الخامس عشر

في البيئات والتحليف ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية

مادة ١٦٧٦ [البيئة هي الحجة القوية] وهي اخيار احد حق غيره الذي له على آخر بحضور الحاكم .

البيئة حجة قوية بحكم القاضي وبما ان للحاكم الولاية العامة فالبيئة تكون متعددة للكل اما الاقرار فليس كذلك فلا يتعدى على غير المقر ولا تكون حجة قوية بدون الحكم وقد ورد في الخانية (محضر ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة الشهود بحق والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتبان ان شهود هذا شهدوا بكذا لا ينبغي ان يقضي القاضي بشهادتهما لانه شهدا الكاتبان على شهادة الشهود والشهادة على الشهادة باطلة لا تقبل بدون تحمل) .

والتعدي اما ان يكون على بعض الناس فاذا ادعى المستحق المال من المشتري ذي اليد واثبت دعواه وحلف بمين الاستحقاق وقضي له يكون قد حكم له على المدعى عليه وعلى بائعه ويسترد المشتري الثمن من البائع بالاستناد الى هذا الحكم ويسري هذا الحكم على المشتري ذي اليد وعلى كل من وقع تلقي الملك منه على الدرجات ولا يشمل هذا الحكم غير المالكين لانه متى ثبت ان الملك ليس لذي اليد وانه المستحق ثبت انه لم يكن لغير المستحق .

واما ان يكون على جميع الناس كالوكالة والحرية والاصلية والنسكاح والنسب وولاء الفتاة والوقف عند بعض الفقهاء .

فاذا ادعى احد حقاً من آخر لموكله واثبت وكالته العامة بالوجه الشرعي تعتبر وكالته بحق سائر الناس وكذا الحرية الاصلية فاذا اثبت احد حرية بحق آخر يعتبر هذا الاثبات بحق

سائر الناس فلا تسمع دعوى غير المقضى عليه بحق كون الذي اثبت دعواه رفيقاً له . وكذا النكاح فاذا اثبت احد بان الامراة الفلانية منكوحته واستحصل على حكم بذلك يسري هذا الحكم على جميع الناس ولا تسمع الدعوى من غير المدعي بعد ذلك بان الامراة المذكورة كانت منكوحته قبل التار يخ الذي عينه المدعي المذكور وكذلك الحكم بالنسب مطلقاً وبالوقف عند بعض الفقهاء فان البينة فيه تسري على جميع الناس . اما الاقرار فانه حجة قاصرة لان ولاية الانسان مقصورة على نفسه ولا ولاية له على غيره ويسري الاقرار على المقر بدون حاجة الى حكم الحاكم فاذا اقر انسان لاخر بحق بحضور حاكم ثم انفصل الحاكم فانكر المقر بحضور خلفه يعمل باقراره الاول ويعتبر الاقرار اكثر من البينة بحق المقر والمشهود عليه اذ لا تهمة في الاقرار خلافاً للبينة .

مادة ١٦٧٧ [التواتر] لغة ظهور الامور المتعددة بعد بعضها ويقال تواترت الابل اذا مشت وراء بعضها وشرعاً [هو خبر جماعة] المستند الى الحس والذي [لا يجوز العقل انفاقهم على الكذب] .

فيشترط للتواتر ان يكون من جمع لا يجوز العقل اجتماعهم على الكذب فاذا جوز العقل ذلك بطل حكم التواتر .

وكذا يشترط وقوعه من جماعة وهذا يحترز به من الخبر الواحد المشهور شهرة حكيمية وهو نصاب الشهادة لانه ليس بتواتر اما الخبر المشهور شهرة حقيقية فهو تواتر .

ويشترط ان يكون هذا الخبر مستنداً الى الحس فانفاق اهل اقليم على مسئلة عقلية لا يكون تواتراً ويحتاج الى برهان ويشترط للتواتر ان يكون خبراً فالخبر هو كلام يحتمل الصدق والكذب وينقسم الى اقسام الاول الخبر الصادق وهو خبر الله عز وجل ورسوله والثاني التواتر والثالث الضروري كقولنا الواحد نصف الاثنين والرابع القول المعلوم بطريق الاستدلال كقول اهل السنة العالم حادث .

والقسم الثاني مقطوع الكذب وهذا ينقسم الى قسمين الاول ما علم خلافه للضرورة كقولهم السماء اسفل والارض فوق .

والثاني ما علم خلافه بطريق الاستدلال كقول الفلاسفة العالم قديم .

مادة ١٦٧٨ [الملك المطلق هو الذي لم ينفقيد بأحد اسباب الملك كالارث والشرء] من شخص معين [والملك الذي نفقيد بمثل هذه الاسباب يقال له الملك بالسبب] .

وقد ذكر في متن هذه المادة الارث والشرء مطلقاً وقيدنا الشرء بالشخص المعين لان الادعاء بمطلق الشرء على القول الراجع يفيد الدعوى بالملك المطلق لا الملك المقيّد على ما جاء في رد المحتار ويفترق الملك المطلق عن الملك المقيّد من حيث الماهية والاسم ويفترق ايضاً من حيث الحكم فالملك المطلق في العين هو اكثر من الملك المقيّد لان الملك المطلق يثبت من اصله فاذا اثبت المدعى الملك المطلق ملك المدعى به وزوائده واذا ادعى الملك بسبب واثبته يقتصر ثبوته الى وقت السبب ولا يستحق المدعى للزوائد الحاصلة قبل السبب المذكور . اما في الدين لا يفترق الملك المطلق عن الملك المقيّد لان الديون لا تزيد .

مادة ١٦٧٩ [ذو اليد هو الذي وضع يده على عين] منقولة [بالفعل او الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك] في العقار والمنقول فذي اليد الفعلية يكون في المنقول لا في العقار اما التصرف فانه يكون في العقار والمنقول كزراع الارض والغرس والبناء وقطع الاشجار وركوب الدابة والحلب والسكنى بالعقار . ولا يشترط لذي اليد ان يكون زايد حين المحاكمة فاذا وضع احد يده على عقار كان قبلاً في يد غيره فلا يكون بذلك زايد بوجه حق وكذا اذا اخذ احد ماله الذي هو في يد غيره لا يكون زايد بأخذه هذا ويعتبر خارجاً وتقبل بينته . بناءً عليه اذا غصب احد ارضاً وزرعها ثم ادعى آخر بان الارض له وان ذاك الرجل غصبها منه واثبت الغصب واحداث اليد بالينة يعتبر صاحب الارض زايد عليها واذا لم يثبت الغصب واحداث اليد يعتبر الزارع ذو اليد والمدعى خارج وفي التكلفة ولو كان يده عقاراً فاحداث الآخر عليه يده لا يصير به زايد فلو ادعى عليه انك احداثت اليد وكان يهدي فانكر يحلف وبه علم ان اليد الظاهرة لا اعتبار لها .

واذا تصرف اثنان في مال واحد ينظر فاما ان يتصرفا تصرفاً متساوياً كركوب الدابة على الجلال او بدونه فيعتبر المالك بينهما موية وكذا اذا كان المتصرف به لباساً بيد اثنين فيعتبر تصرفهما فيه بالتساوي ولو كان ما بيد احدهما اكثر من الآخر لان العبرة لقوة الدليل لا لكثرته .

واما ان لا يتصرفا تصرفاً متساوياً وبهذه الصورة اما ان يكون تصرف احدهما اقوى من تصرف الآخر فيعتبر صاحب التصرف الاقوى ذايد على المال المدعى به فاذا كان المال ثوباً بين اثنين وكان احدهما يلبسه والثاني يمسكه من طرفه او كان المال دابة وكان احدهما راكباً والثاني قائداً فذو اليد هو اللابس والقائد .

واما ان يكون تصرف احدهما اكثر من الآخر فيعتبر صاحب التصرف الاكثر ذايد على المنازع فيه فاذا كان المنازع فيه دابة فحملها احد وربط الثاني بسرجهما وعاء فصاحب الحمل هو واضع اليد والفرق بين هذا المثال ومثال الثوب الوارد بالتصرف الاقوى ظاهر لان الكثرة في التصرف في الثوب هي في عين الثوب لا في نفس التصرف اما هنا فالكثرة في نفس التصرف .

ونتحقق اليد في البيئة واذا كان النزاع في المنقول فتحقق اليد فيه بالمشاهدة ولو من الحاكم ونثبت اليد في المنقول بالاقرار ايضاً واذا ادعى اثنان باليد وارخا ببقى المال في يد صاحب اليد بالتأخير المؤخر .

مادة ١٦٨٠ [الخارج هو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المشروح] كالذي لم يمسك الثوب من جهة وماسك الثوب من طرفه بالنسبة الى لابسها والساحب بالنسبة الى الراكب وصاحب الجرة المعلقة على الدابة بالنسبة لصاحب الحمل او ماسك مفتاح احدى غرف الخان بالنسبة لساكن الخان فهو ليس بذئيد .

ويفترق ذو اليد عن الخارج من وجهين الاول من حيث الماهية والتعريف كما هو ظاهر والثاني من حيث الحكم فذو اليد لا يكلف لاثبات مدعاه وهو مدعى عليه فيكلف لحلف اليمين

و يترك المال بيده اما الخارج فانه يكلف لاقامة البرهان واذا برهن استلم المدعى به والا ردت دعواه وابقى المال بيد المدعى عليه بقضاء الترك بعد حلف اليمين بطلب الخارج .

• مادة ١٦٨١ [التحليف هو تكليف اليمين على احد الخصمين]

• مادة ١٦٨٢ [التحالف هو تحليف الخصمين كليهما]

ويفترق التحالف عن التحليف بوجهين الاول من حيث الماهية والثاني من حيث الحكم لان نتيجة التحليف رد دعوى الطرف الآخر اما نتيجة التحالف هو فسخ عقد البيع او الاجارة وما شابه .

• مادة ١٦٨٣ [تحكيم الحال يعني جعل الحال الحاضر حكماً هو من

قبل الاستصحاب والاستصواب هو الحكم ببقاء امر محقق غير مظنون عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان]



الباب الاول

في الشهادة ويشتمل على ثمانية فصول

الفصل الاول

في بيان تعريف الشهادة

يجب في الشهادة معرفة عشرة اشياء وهي : تعريفها وركنها وشرطها وسبب وجوبها وحكمها و صفتها ومحاسنها ودليلها وصفة الاشهاد واوصاف الشهود .

١ — تعريفها فالشهادة لغة هي عبارة عن الخبر القاطع ومأخوذة من المشاهدة والمشاهدة مبنية على المعاينة وقد ورد في الحديث اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وتطلق ايضاً مجازاً لحضور الشاهد لمجلس الحكم وقد ورد في الحديث الغنيمة لمن شهد الواقعة .

٢ — ركنها هو لفظ اشهد الغير موصول او مفصول بما يفيد الظن والشك كقول الشاهد بأخر شهادته على ظني او على فكري وما شابه ذلك .

٣ — شرطها . شرط الشهادة ينقسم الى قسمين القسم الاول شرط التحمل وهذا ثلاث الاول العقل وقت التحمل فلا يصح تحمل المجنون والصبي غير العاقل ولو تحملها صغيراً غير عاقل واداهها عاقلاً او مجنوناً واداهها عاقلاً واذا اخفى زمان التحمل وشهد كان شاهداً كاذباً . ولا يشترط البلوغ والعدالة والحرية وقت التحمل واذا تحمل الشهادة صبيّاً او رجلاً غير عادل او عبداً ثم بلغ او تاب او عدل او اعتق واداهها ثقب .

الثاني البصر وقت التحمل فاذا تحمل الشهادة وهو اعمى ثم اداها بصيراً لا ثقب واذا كتم العمى وقت التحمل كان شاهداً كاذباً .

الثالث ان يرى المشهود به بنفسه ويعاينه وقد ورد في القرآن الكريم (الا من شهد الحق وهم يعلمون) فلا ثقب شهادة من شهد بناءً على رؤية غيره ولو كان الغير نصاباً فاذا اخبر احد او اثنان آخر وقوع بيع وشراء او اقراض بين اثنين فليس له الشهادة بذلك . اما المعاينة فهي اما ان

تكون بمعاينة السبب كروية المالك وهو يشتري المال او يستأجره او رؤية المقرض وهو يقرض المسقرض فيشهد الشاهد بالملك والايجار والاقراض لمعاينة السبب . واما ان تكون بمعاينة وضع اليد وهي رؤية واضع اليد يتصرف في المال تصرف المالك بدون معارض ولا منازع مدة يحصل بها طمأنينة الشاهد بان المال هو ملك واضع اليد فيشهد الشاهد بالملكية لان الملك الحقيقي لا يعلم ولو بالشراء فالمشتري وان اشترى المبيع يمكن ان يكون غير مالك او وكيل بالشراء فلا بد من الاكتفاء بمعاينة السبب او معاينة ذي اليد .

واذا قيل بان المال يكون بعضاً بيد المستأجر والمستودع والمستعير فاذا اكتفى بوضع اليد تكون قد وقعت الشهادة بالملك الى غير المالك ؟ نقول ان الاصل هو وجود المال بيد صاحبه فوجوده بيد غيره هو من الامور العارضة فالملكية ترجع بالاصل ولهذا السبب يترك الحاكم المال بيد المدعي عليه بطريق قضاء الترك .

و يشترط للشهادة بمعاينة اليد اولاً ان لا يفسر الشاهد بشهادته انه يشهد بسبب معاينة اليد ثانياً ان يكون الشاهد مطمئناً بان المال لذي اليد فليس للشاهد ان يشهد بملكية الكناس لعقد قيمته الوف الدنانير لمجرد وضع اليد . ثالثاً ان لا يخبر الشاهد عادلان بان المال ليس لذي اليد لان عند شهادة الشاهدين يقع في قلب الشاهد ان المال ليس للاول فلا يحل له ان يشهد انه للاول بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان بشهادة الواحد لا يزول ما كان في قلبه انه للاول فلا يحل له ان يمتنع عن الشهادة الا ان يقع في قلبه ان هذا الواحد صادق فلا يحل له ان يشهد وقد اتفق الفقهاء بجواز اداء الشهادة بالملك لمعاينة اليد مع التصرف واختلفوا بجوازها لمعاينة اليد بدون التصرف فالامام الشافعي رحمه الله قال بعدم جواز الشهادة بالملك لمجرد وضع اليد لامكان كون ذي اليد مستأجراً او مستودعاً او مستعيراً . ومن الفقهاء من قال بلزوم التسهيل وقبول الشهادة لمعاينة اليد .

ونقسم الشهادة على الملك بمعاينة اليد الى اربعة انواع :

النوع الاول : معاينة المالك والملك فاذا عين الشاهد الملك بيد مالكه ثم رآه بيد غيره يشهد بالملك لذي اليد الاول .

النوع الثاني : معاينة الملك بدون معاينة المالك كمن عين ملكاً بمجوده وعلم بانه لفلان ابن

فلان الذي لا يعرفه ولم يره ثم حضر المالك ورآه وعرفه فله ان يشهد له بالملك لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع والملك معلوماً بالمعينة لانه اذا لم تقبل الشهادة على هذا الوجه ضاعت حقوق الناس لان فيهم المحجور ومن لم يبرز اصلاً وليس هذا اثبات الملك بالتسامع بل اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك وهذا لا يمنع وانما يمنع اثباته قصداً .

النوع الثالث : ان يشهد الشاهد بدون معينة المالك والملك بل بناءً على التسامع بان فلان ابن فلان مالك للعقار الكائن بقرية كذا فالشهادة على هذا الوجه لا تحل لانها مجازفة يستثنى من ذلك الشهادة بالتسامع على ما ورد في المادة ١٦٨٨

النوع الرابع : معينة المالك دون معينة الملك وهي معرفة المالك وسماع انه يملك عقاراً بقرية كذا وهذه لا تحل ايضاً لانها لم تحصل له العلم بالمحدد وهو شرط للشهادة .
القسم الثاني وهو شرط الاداء وينقسم الى ثلاثة انواع :

النوع الاول : ما يرجع للشاهد وهو ان يكون بالغاً (فلا تقبل شهادة الصبي) وان يكون حراً وبصيراً وناطقاً وعادلاً وغير محدود بالقذف وان لا يكون له جر مغنم او دفع مغرم في الشهادة وان لا يكون خصماً وان يكون عالماً بما شهد به وقت الشهادة وان يكون الشهود ذكوراً بدعوي القصاص وان تكون الشهادة في حق العباد مسبوقه بدعوي وان توافق الشهادة الدعوى وان تقع الشهادة بدعوي الحدود والقصاص من الشهود انفسهم لا بطريق الشهادة على الشهادة وان يكون بالشهادة على الشهادة متعذر حضور اصل الشهود .

النوع الثاني : ما يرجع للشهادة وهو لفظ الشهادة والعدد فيها فيما يمكن اطلاق الرجال عليه وانفاق الشهود في الشهادة .

النوع الثالث : ما يرجع الى المكان وهو مجلس الحاكم .

٤ — سبب الشهادة اما سبب وجوب الشهادة اثنان الاول طلب صاحب الحق الشهادة من الشاهد فيأثم الشاهد اذا امتنع من ادائها اذا كان ليس للدعي الا نصاباً وقد ورد في الكتاب الكريم (ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقد ورد في الكتاب الكريم ايضاً (ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا) الثاني الخوف من ضياع حق صاحب الحق فاذا كان المشهود له لا يعلم بان الشاهد عالم بحقه فلاشاهد ان يخبره عن شهادته والمشهود له ان شاء طلبه للشهادة وان شاء ترك حقه واذا

طلب المدعي الشاهد لاداء الشهادة واخرها وتمنع من غير عذر ثم اداها لا تقبل لتمكين التهمة اذ قد يكون لاستجلاب الاجرة وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف لقبض النقود .
والأولى ان تقبل شهادته ويحمل على العذر وهذا هو المصطلح عليه في زماننا فان المحاكم الصلحية والشرعية تستحضر الشهود جبراً لاداء الشهادة اذا تمنعوا عن الحضور بطلب مدعي الحق عملاً بما ورد بقانون حكام الصلح واصل المحاكمات الشرعية .

٥ - حكمها هو وجوب الحكم بالشهادة من قبل القاضي بعد التزكية فلا يجوز للمحاكم ان يؤخر الحكم بعد تحقق شروطه الا اذا كانت الدعوى بين الاقارب وكان الصلح مأمولاً بينهم او كان المحاكم قد اشتبه من الشهود وشهادتهم او كان استمهل المدعي عليه لبيان دفع .

٦ - صفتها وهي كونها فرض كفاية من حيث التحمل والاداء فيجب على الشاهد ان يتحملها بطلب من المدعي ويجب عليه اداها بطلبه ايضاً انما يجب على العاقد ان يذهبها الى محضر الشهود ويشهدوهم على انفسهم لان يكلفهم الحضور لتحمل الشهادة وللشاهد الامتناع عن التحمل اذا علم ان المدعي من يشهد لان التحمل كالاداء فيلزم عند خوف الضياع ان يطلب منه كتابة شهادته او يشهده على عقد او يطلب منه الاداء وللشاهد الامتناع ان كان يجد غيره والا فلا . وكذلك الحكم بالاداء فان اداء الشهادة فرض كفاية وليس للشاهد ان يطلب الاجرة لاداء الشهادة . ولا يجبر الشاهد على اداء الشهادة فليس للمحاكم تحميل الشاهد اذا تمنع عن اداء الشهادة اذا قال ان لا علم له بشي لاننا اذا اوجبنا عليه الحلف يشهد خوفاً من اليمين وهذا اجبار للشاهد على اداء الشهادة والشهادة لا تصح بالاكراه والخوف والاجبار .
ويشترط لفرضية الاداء تسعة شروط وهي :

اولاً طلبها من المدعي في حقوق العباد لانها حقّه ومعه فله الطلب وله الترك اما في حقوق الله لا يشترط طلبها كالطلقات الثلاثة فعلى الشاهد اداء الشهادة بطرف خمسة ايام اعتباراً من تاريخ الطلاق الثلاث بدون طلب وبدون دعوى واذا أخر الشاهد شهادته بالطلاق الثلاث بدون عذر أكثر من هذه المدة وكان يعلم معاشرته الزوجين لا تقبل شهادته للفسق .

ثانياً ان يعلم الشاهد بان المحاكم سيقبل شهادته اذ يجوز ان ترد شهادة الشاهد بالتزكية فيثأثر من هذا الرد وله ان لا يشهد اذا علم ان شهادته سترد .

ثالثاً ان لا يكون اعتقاد الشاهد ومذهبه مخالفاً لاعتقاد الحاكم لان اختلاف الاعتقاد والمذهب ربما اوجب رد الشهادة الا ان هذا الشرط لا يتصور في زماننا لان حكام المحاكم النظامية تحكم بقوانين واحدة وحكام الشرع تعمل بالمذهب الحنفي فلا يتصور الحكم بمذهب آخر .

رابعاً ان تكون الشهادة متعينة على الشاهد فاذا كان الشهود جماعة واداءها بعضهم فتسقط عن الباقيين الا اذا تمتنع بعضهم فيجب على الباقيين اداءها . وكذا الحكم فيما اذا شهد البعض وردت شهادتهم .

خامساً ان لا يخبر الشاهد من عدلين بطلان الشهادة فاذا اخبر الشاهد من عدلين ان المديون قد ادى ما عليه او ان الزوج قد طلق زوجته فليس للشاهد بعد ذلك ان يؤدي الشهادة لانه ثبت عنده بطلان شهادته بجملة مطلقة واذا وقع الاخبار من غير عدل فالشاهد بالخيار اما ان يشهد ويخبر الحاكم عما وقع له من الاخبار وان شاء امتنع عن اداء الشهادة الا ان المخبر اذا كان واحداً فليس للشاهد ان يمتنع عن الشهادة ولو كان المخبر عدلاً .

سادساً ان يكون الحاكم الذي سيشهد الشاهد بحضوره عادلاً لان الحاكم غير العادل يرد الشهادة ويلحق العار بالشاهد الا اذا علم الشاهد بان شهرته ستجبر الحاكم ولو غير عادل على الحكم بشهادته فيجب عليه اداءها .

سابعاً اذا شهد على الاقرار فيجب ان يكون غير عالم بان الاقرار وقع عن اكراه .
ثامناً ان يكون الشاهد قريباً من موضع الحاكم فاذا كان الشاهد مقيماً في بلدة بعيدة عن بلد الحاكم من حيث لا يمكنه اداء الشهادة والرجوع الى بلده في يوم واحد فله الامتناع عن الشهادة ويجب عندها استماع شهادته بطريق الاستنابة على ما ورد بذييل قانون اصول المحاكمات الحقوقية اذا طلب المشهود له ذلك وقد ورد في الكتاب الكريم « ولا يضار كاتب ولا شهيد »
تاسعاً ان لا يخاف الشاهد ظلم ظالم .

اما ستر الشهادة في الحدود فيحق من لم يعتادوا ارتكاب المعاصي فمستحبة وقد قال رسول الله (صلعم) الى شاهد شهد بحد بحضرته « لو سترته بثوبك لمكان خيراً لك » لان الحدود من حقوق الله والله غني بكرمه لطيف بعباده خلافاً لحقوق الناس الا ان المشهود عليه اذا كان قد اعتاد ارتكاب المعاصي بدون مبالاة ولا خوف فالشهادة عليه أولى من تركها ولهذا اذا اراد

الشاهد ان يشهد بالسرقة يشهد بكون المشهود عليه اخذ مال المشهود له لان الشهادة بالسرقة توجب الحد .

٧ — محاسن الشهادة : محاسن الشهادة كثيرة وقد ورد في الكتاب الكريم « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط » .

٨ — دليل الشهادة : الكتاب والسنة والاجماع .

٩ — صفة الاشهاد وصفة تحمل الشهادة : فالاشهاد بالنكاح واجب وفي المداينات والبيوع فرض لان الاشهاد اذا لم يقع نتلف الاموال وتلف الاموال يوجب تلف الابدان واتلاف المال حرام ولذا فالاشهاد في المال فرض الا اذا كان قليلاً كالدرهم الواحد .

١٠ — اوصاف الشهود : الأولى ان يكون الشاهد مسناً وغنياً وذو فضل لان من حاز هذه الاوصاف لا يطمع في اموال الناس والأحوط بالشاهد ان يعين ما سيشهد به حتي يعلم حقيقة من اراد الشهادة عليه فعلى الشاهد ان يضع امضائه بذييل السند اذا اراد الشهادة به .

مادة ١٦٨٤ [الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد باثبات حق احد الذي هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين] صدقاً وعن يقين وعيان [ويقال للمخبر شاهد والمخبر له مشهود له والمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به] .

خلافًا للاقرار فانه اخبار الانسان بحق لاخر بذمته وخلافًا للدعوى ايضاً لانها الاخبار بحق المدعى عند آخر وقد ارادت هذه المادة بعبارة اثبات حق المدرجة فيها اخراج الامور الحادثة التي تقع في مجلس المحكمة كقول المحضر الى الحاكم الشرعي بان نائبه باع اموال اليتيم الفلاني فهذا القول لا يكون شهادة . ولا بد في الشهادة من وقوعها في مجلس الحاكم لان الاخبار الذي يقع في مجلس الحاكم ليس بشهادة .

ويشترط للشهادة وقوعها في مواجهة الخصمين لان حضور الخصم حين الدعوى والشهادة شرط على ما جاء في المواد ١٦١٨ و ١٨٢٠ ويشترط فيها ايضاً ان تقع بلفظ الشهادة فلا تقع بغيره ولو كان يفيد اليقين لان الكتاب والسنة امرتا بوقوع الشهادة بهذا اللفظ وحصل الاجماع

على عدم جوازها بغيره فقد ورد في الكتاب الكريم (واشهدوا ذوي عدل ولا تكتموا الشهادة) وورد في الحديث (اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع) .
ولا نفع الشهادة بصيغة الماضي لانه يفيد الاخبار عن امر واقع والشاهد بشهادته يريد الاخبار في الحال فيجب عليه ان يقول اشهد لا شهدت .

ويجب على الشاهد ان يكون صادقاً بشهادته لا كاذباً باخباره وان يشهد عن يقين وعيان وقد ورد في المادة ١٦٨٨ لزوم كون الشهادة عن يقين ومشاهدة لا عن تخمين وحسبان الا ان الشهود اذا قال احدهم ان الليرتين اللتين بيد فلان هي الى فلان وقال الآخر ان الليرة التي بيد فلان هي الى فلان تقبل الشهادة بحق الليرة الواحدة لا الليرتين ولا يقال بان الشهادة لم تقع عن عيان و يقين لان الاقل متحقق .

وحيث يشترط كون الشهادة عن يقين وعيان فاذا ادعى احد على آخر الف قرش قرضاً وقال الشهود انهم لم يروا ان المدعي اقرض المدعي عليه لكنهم علموا ذلك فلا تقبل شهادتهم وكذا لا تقبل شهادة من شهد بقوله اظن او على ما اعلم وكذا اذا ادعى المدعي مبلغاً معيناً وشهد الشهود بانه اعطاه مجدييات لا يعلمون مقدارها فلا تقبل منهم هذه الشهادة . وكذا اذا ادعى احد على آخر بان له بذمته خمسين ريالاً مجديياً باقي مطلوبه البالغ عنه مائتين ريال مجديي فادعى المدعي عليه الاداء واقام الشهود لاثبات دفعه فيجب على الشهود بان يشهدوا بان المدعي عليه دفع للمدعي الخمسين ريال مجديي الباقية بذمته لا ان يشهدوا باداء خمسين ريالاً مجديياً مطلقاً لان المدعي مقر بقبض مائة وخمسين ريال مجديي والخمسون داخلة في هذا المبلغ اما اذا ادعى احد على آخر مبلغاً ثمن قهوة وادعى المدعي عليه الاداء واقام شهوداً شهدوا بدفع المبلغ لكنهم لا يعلموا ان كان ثمن القهوة او خلافه تقبل شهادتهم لعدم تعدد الديون للمدعي بذمة المدعي عليه .

ويجب على الشاهد ان يكون عالماً بالمشهود به ومتذكراً به فلا يحل له عند بعض الفقهاء ان يشهد بدين ولو كان قبلاً وقع سنده اذا نسي الحادثة ولم يتذكرها وقد اجاز بعض الفقهاء هذه الشهادة للتوسعة وهو القول المتفق به . وكذا لا يجوز للشاهد ان يشهد الا اذا تحمل الشهادة عالماً بها فلو قال الموصي للشاهد اني اوصيت بما هو محرر بهذه الوصية فليس للشاهد ان يشهد

الا اذا قرئت له الوضعية حين الاستشهاد واطلع عليها . ولا تصح الشهادة ايضاً من وراء حجاب
الا اذا كان الشاهد عالماً بان الموجود وراء الحجاب هو زيد مثلاً . ولا يوجد غيره فله ان يشهد
اما الحاكم فانه يرد الشهادة اذا شهد الشاهد وعين بان شهادته من وراء الحجاب وكذا لا تصح
الشهادة اذا كان الشاهد لا يعرف شخص المقررة لان الشهادة على المجهول باطلة الا اذا عرف
المقررة معرفان من اقربائها الذين لا يحلوا لها او يحلوا لان التعريف يشترط فيه النصاب ايضاً .
ويشترط على الشاهد ان يكون عارفاً بالمشهود عليه وان لا يكتفي بأخذ اسمه واسم ابيه وجده
ونسبه من نفس المشهود عليه بل يجب اخذه من معرفين عالمين باحواله علماً حقيقياً والا
لا تصح الشهادة .

وقد يقال بان تعريف الشهادة الوارد ذكره في هذه المادة غير جامع لافراده وغير مانع
لاغياره لان كلمة حق الواردة في هذه المادة تخرج الشهادة بالابراء عن الدين ؟ فجواباً على هذا
نقول ان قول الشاهد بان فلاناً قد ادى دينه الى فلان هو اخبار بسقوط حق الدائن والاخبار
بحق المديون وتكون كلمة حق قد استعملت في المعنى الذي يشمل الوجود والعدم .

ويقال بان كلمة حق نفيد حقوق العباد ولا تشمل الطلاق والعنق والشهادة الحسبة في حقوق
الله فنقول ان هذه المادة لم تعرف الشهادة الحسبة لان الشهادة الحسبة يجب اخراجها من التعريف
واذا اردنا ان نعرف الشهادة تعريفاً يشمل الشهادة الحسبة نقول الشهادة : هي اخبار
صدق بلفظ الشهادة لاثبات حق .

واذا قيل ان كلمة حضور الحاكم اخرجت الشهادة الواقعة بحضور المحكم قلنا ان قيد حضور
الحاكم هو من شروط الشهادة لا من مميزات التعريف وشرط الشيء خارج عنه .

واذا قيل ان قيد مواجهة الخصمين لا يشمل الشهادة التي وقعت بحضور القاضي والكتاب
والمدعي فقط والتي تسمى كتاباً حكماً نقول ان الكتاب الحكمي جوز استحساناً لقياساً والتعريف
الشرعي يوافق القياس لا الاستحسان واذا قيل بان لفظ الشهادة مأخوذ من المشاهدة فلا تدخل
الشهادة بالتسامع في هذا التعريف قلنا ان الشهادة بالتسامع ايضاً جوزت للاستحسان .

واذا قيل ان لفظ خبر يفيد الصدق والكذب لا الجزم قلنا ان من مقتضى القياس ان لا تكون

الشهادة حجة ملزمة الا انها صارت حجة باتصال القضاء لما ورد في القرآن الكريم كقوله (واستشهدوا شهيدين .

مادة ١٦٨٥ [نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان] .
وقد اشترط العدد في الشهادة على خلاف القياس وعملاً بالآية انكريمة والقياس هو عدم اعتبار العدد لان الحكم لقوة الدليل لا لكثيرته وقد اعتبر الرجل بمقام اثنتين من النساء لانهن كثيرات النسيان فتصير المرأة شاهداً كاملاً بضم امرأة لها في الشهادة ولذا تسمع شهادتهن بحضور الحاكم معاً وقد ورد في القرآن الكريم « ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى » .

ويسنفاد من هذه الفقرة اربعة احكام :

الاول : يسنفاد من ذكر حقوق العباد مطلقاً ان الحقوق المذكورة سواء كانت مالاً ولو مما هو ضمن الحدود او من توابع المال او غير مال فدعاوي المال هي الوصية والارث واستهلال الصبي والقتل خطأ والقتل المستلزم الدية لا التقصاص وقطع العضو وتعطيل العضو والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي والبيع والاجارة والهبة وما شابه ذلك . ففي هذه الدعاوي تقبل شهادة النصاب ويحكم بها واذا ادعى المدعى على المدعى عليه بالف قرش واقام شاهدين شهد احدهما بان للمدعى بذمة المدعى عليه الف قرش وشهد الثاني بانه كان للمدعى بذمة المدعى عليه الف قرش لكنه اداه جانباً منها لا يعلم مقداره او اداه ببلغ كذا يحكم بهذه الشهادة لان قول الشاهد الثاني الاخير ليس بنصاب . وكذا استهلال الصبي فاذا ادعت المرأة انها وضعت ذكراً بعد وفاة زوجها وولده حياً حتى بكى بعد الوضع وتوفي بعد ذلك وبرهنت بنصاب تسمع دعواها وتقبل بينتها . وكذا تعطيل العضو خطأً ودعاوي الاجل وشروط الاجل التي هي توابع المال فانها تثبت بالنصاب .

اما الدعاوي التي ليست بمال فهي كالنكاح وفسخه والطلاق والرضاع والوكالة والايضاء والاصبع الزائدة .

الحكم الثاني ان لا تقبل شهادة النساء دون الرجال ولو كن النسوة اربعة او اكثر من ذلك كيلا يكثر خروجهن (بحر) .

الحكم الثالث لا يثبت حق بشاهد واحد أصلاً خلافاً لما رآه الامام الشافعي فانه يحكم بشاهد ويمين من المدعي وكذا معاوية فانه رأى هذا الرأي ايام خلافته .

الحكم الرابع يحترز بتعبير حقوق العباد من الحدود والقود لان النصاب يحذف الزنا اربعة رجال ولا تقبل فيه شهادة النساء ونصاب الشهادة بدعاوي السرقة والقذف واللعان والشرب هو رجلان .

يستثنى من ذلك ما يأتي :

١ — تقبل شهادة الاستاذ الواحد على الوقائع التي تقع في المكتب بين الاولاد وتقبل شهادة المعلم الواحد على ما يقع بين الاولاد في الحرفة الواحدة .

٢ — في ترجمة افادة الشاهد والخصم ٣ — في التزكية السرية ٤ — الرسالة من القاضي الى المزكي ومن المزكي الى القاضي ٥ — بنقويم المتلف ٦ — الاخبار بافلاس المفلس الذي حبسه الحاكم ٧ — ادعاء الحمل من زوجة المتوفاة يقبل فيها كلها اخبار الخبير الواحد .

[لكن تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال] لا في القصاص والقود [فقط في

الحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها] . كاعراس النساء

وتقبل شهادة النساء فقط باستهلال الصبي للصلاة وفي البكارة وفي عيوب النساء التي لا يمكن للرجال ان يطلعوا عليها وفي الولادة والارث ودعاوي الدين الناتجة عن القتل في حمام النساء فاذا شهدت امرأة بان الولد استهل حياً يجهز ويكفن ويصلى عليه وكذا اذا شهدت امرأة ببكارة الزوجة بعد ان اهل زوجها العنين سنة يفرق بينهما . وكذا الشهادة بالقرن والرنق والحبل وثيوبة الجارية التي اشترت بشرط البكارة والولادة تقبل فيها شهادة المرأة الواحدة وتقبل شهادة النساء باستهلال الصبي بدعوى المال ايضاً عند الامامين والأئمة الثلاثة وكذا صراحة المجلة لان صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فكان كشهادتهن على نفس الولادة .

وتقبل شهادة النساء بدعوى القتل الذي يقع في الحمام ويحكم بموجبها بالدية لا بالقصاص ولو شهدت النساء بان القتل وقع قصداً او تعمداً وتقبل الشاهدة الواحدة في مثل ذلك لاننا لم اسقطنا الجنس وهي الذكورة نظراً للحاجة كان من الواجب قبول شهادة الشاهدة الواحدة لان الالف

واللام الواردة في كلمة النساء الواردة في الحديث الشريف يقصد منها الجنس فقط واقفه يتناول الواحد اما الامام الشافعي فقد قال بلزوم استشهاد اربع نسوة في مثل هذه الاحوال -

واذا شهد الرجال شهادة فيما يتعلق فيما لا يراه الا النساء تقبل شهادتهم لانها اولى من شهادة النساء في كل الاحوال انما يشترط ان لا يكون قد تعمد رؤية الموضع المحرم الذق نظر له عند بعض الفقهاء لانه يكون اقر بالفسق وقد قال بعضهم بقبول شهادته ولو نظر الى ذلك عمداً لان في ذلك احياء الحقوق .

ويشترط لفظ الشهادة في المواضع التي تقبل فيها شهادة المرأة الواحدة على القول المختار وقد قبلت المجلة هذا القول .

مادة ١٦٨٦ ترد الشهادة للتهمة واسبابها اولاً المعنى الذي يعود للشاهد كالفسق والعمى لان الفاسق يعتمد الكذب والاعمى يخطئ بشهادته لانه لا يتمكن من الاطلاع على تمام الحقيقة ، ثانياً المعنى الذي يعود على المشهود له كالقراية المانعة من الشهادة والزوجية لان ذلك يوجب تهمة اختيار الكذب ، ثالثاً الدليل الشرعي ككون الشاهد محدوداً في القذف . بناءً عليه [لا تقبل شهادة الاخرس والاعمى] والمجنون والمعتوه والصبي والمملوك وشديد الغفلة والمجازف في كلامه وبائع الاكفان والمحدود في القذف والمعروف بالكذب والخيل والمخنت والمغني والمغنية والنائحة ومدمن الخمر ولاعب الطنبور والشطرنج ومرتكب الكبائر من المحرمات ومن يدخل الحمام بلا ازار والمتجرء لارتكاب الافعال المحملة بالمروءة والذي يسب السلف الصالح ويعتاد سب اهله وعياله والاصول والفروع والازواج والعبيد والعدو والذين يقعدون في الطريق ويفرجوا على المارة . وتقبل شهادة الاصم اذا كان يسمع قليلاً . ولا تقبل شهادة الاخرس ولو اشار او كتبها اذ يجب على الشاهد في الشهادة ان يقول اشهد والاخرس عاجز عن ذلك ولا تقبل شهادة الاعمى بالتسامع لان الشاهد يحتاج الى تمييز المشهود له والمشهود عليه حين الشهادة والاعمى لا يقدر على ذلك اما الاعمى فيمكنه التمييز بالصوت والصدا والصوت تشبه الصوت خلافاً لما لك فانه قال بقبول شهادته كالبصير وقد اجاز شهادته الامام ابو يوسف وزفر فيما تجوز الشهادة بالتسامع الا ان الطرفين لم يقبلوا شهادته مطلقاً وهذا ما قبلته المجلة . فلا تقبل شهادة الاعمى اذا

كان اعمى وقت التحمل ووقت الاداء او كان اعمى وقت التحمل وبصيراً وقت الاداء او كان بصيراً وقت التحمل واعمى وقت الاداء . ولا تقبل شهادة الاعمى اذا طرأ عليه العمى قبل الحكم عند الطرفين وكذلك الحكم بسقوط اهلية الشهادة بالصور السائرة كالخرس والجنون والعق و الزوجية اذ المراد من عدم قبولها عدم القضاء بها لان قيام اهليتها شرط وقت القضاء بصيرورتها وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف موت الشاهد وغيبته لان الاهلية انتهت بالموت ولم تبطل بالغيبة بل بقيت على حالها والاهلية تستقر بالموت ولا تبطل والشئ بانتمائه يقرر بخلاف الغيبة لانها لا تنافي الاهلية (خيرية) . ولا تبطل الشهادة اذا طرأ العمى على الشاهد قبل الحكم عند ابي يوسف لانها لا تمنع الحكم . واذا تحمل الشهادة بصيراً ثم طرأ عليه العمى ثم عاد بصيراً وشهد تقبل شهادته اذا كان عادلاً .

ولا تقبل شهادة المجنون والصبي لان الشهادة توجب الالتزام والالتزام يحتاج الى الاهلية ولا اهلية للمجنون والصغير على نفسها فضلاً عن الغير الا اذا جن الشاهد يوماً او يومين ثم فاق من جنونه وشهد تقبل شهادته ويكون كالمعمى عليه وكذلك الصبي فلا تقبل شهادته ولو شهد بمحادثة وقعت بين الاولاد وكذلك المعتوه .

ولا تقبل شهادة المملوك قنناً كان او مديراً او مكاتباً او ام ولد او معتق البعض واذا حكم بشهادتهم لا ينفذ الحكم واذا حكم الحاكم بوكالة وكيل بعد سماع البينة ثم ظهر ان الشهود عبيد يفسد الحكم بالوكالة و يطالب المديون الذي دفع الى الوكيل الدين حسب وكالته بدنيته ولا يبطل اداء الوصية التي ثبتت بشهادة الشهود اذا ظهر انهم مماليك والفرق بين اداء الدين والوصايا هو انهم في الوصايا قد دفعوا دين الميت باذن القاضي وان لم يثبت الايضاء وهذا بمنزلة اذنه لهم في الدفع الى امينه بخلاف الوكالة اذ لا يصح اذنه للغيرم بدفع دين الحي الى غيره فعلي هذا ما يقع كثيراً في تولية شخص ناظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف ويبيع ثم يظهر انه بغير شرط الواقف او ان انماها باطل ينبغي ان لا يضمن لانه تصرف باذن القاضي كالوصي (تعليقات ابن عابدين) واذا شهد وهو مملوك وردت شهادته ثم اعتق وشهد مرة ثانية تقبل شهادته .

ولا يكلف الحاكم لاثبات كون الشاهد حراً الا اذا طعن المشهود عليه بالشهادة واذا طعن المشهود عليه يكلف المشهود له لاثبات حرية الشاهد ولا يكلف المشهود عليه لاثبات كون

الشاهد مملوكاً وإذا ادعى المشهود عليه ان الشاهد محدود في القذف او شريك المدعي فانه يكلف لاثبات دعواه الطعن .

ولا تقبل شهادة شديد الغفلة لانه لا يقدر على الاتيان بالشهادة بدون تلقين وقد قال ابو يوسف (انا لنرد شهادة اقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة) .

ولا تقبل شهادة بائع الاكفان لانه يمتنى طاعوناً يمينت الشعب فيسئفد بموته بتجارته وتقبل شهادة من باع الاكفان مع اموال تجارية اخرى اذا كان لا يبيع الاكفان فقط .

ولا تقبل شهادة المجازف بقوله وقد رد ابو يوسف شهادة فضل ابن ربيع احد وزراء الدولة العباسية بقوله ان هذا الشاهد يقول للخليفة انا عبدكم فاذا كان عبداً لا تقبل شهادته واذا كان ليس بعبد كان كاذباً فلا تقبل شهادته ايضاً . ولا تقبل شهادة المحدود بالقذف ولو تاب وقد ورد في الكتاب الكريم « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً » وتقبل شهادة المحدود بالسرقه بعد التوبة لان الرد للفسق قد ارتفع بالتوبة اما الامام الشافعي فقد قبل شهادة المحدود بالقذف اذا تاب مستنداً الى جملة (الا الذين تابوا) واذا قلنا ان هذه الجملة مصروفة الى جملة (واولئك هم الفاسقون) يتحقق عندنا عدم قبول شهادتهم .

ولا تقبل شهادة المعروف بالكذب ولو تاب لعدم امكان حصول القناعة بصدقه ولا تقبل شهادة البخيل الذي يبخل بالزكاة ونفقة الازواج والاقارب ولا الخنث وهو الذي يباشر افعال النساء الرديئة وبتزين بزينة النساء وقد ورد في الحديث (لعن الله المؤثثين من الرجال والمذكرين من النساء) . وكذا شهادة المغنى والمغنية اذا كانوا يغتو للناس وتقبل شهادة من يغني لنفسه .

ولا تقبل شهادة النائحة ولو بدون اجرة وتقبل شهادتها فيما يعود الى مصيبتها ولا تقبل شهادة مذمّن الخمر وتقبل شهادة غير المذمّن اذا شرب خمرأ غير محرم او شرب الخمر المحرم للتداوي .

ولا تقبل شهادة مرتكب الكبائر وهو ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين وكذا الاعانة على المعاصي والفجور والحلث عليها .

ولا تقبل شهادة من اعتاد الدخول الى الحمام بلا ازار وقد ورد في الحديث (لعن الناظر والمنظور) .

ولا تقبل شهادة من يفعل افعالا مخالفة للمرأة كمن يدور بالازقة باللباس فقط ومن يكشف رأسه في مواضع اعتاد اهلها على اعتبار كشف الرأس سوء ادب ومن يأكل او يبول في الطرق العامة ومن يكشف عورته في الطريق العام للاستنجاء ومن يفرط في المزاح افراطاً يؤديه الى الاستخفاف ومن يصاحب الاراذل ومن اعتاد الصياح في الاسواق .

ولا تقبل شهادة لاعبي النرد (الطارلة) ومن يترك الصلاة بسبب هذا اللعب وقد ورد في الحديث (ملعون من يلعب بالنرد) ولا تقبل شهادة من يسب السلف الطاهر لانه يثبت قلة المرأة وكذا من اعتاد سب اهله وعياله .

ولا تقبل شهادة العبد لسيده ولو كان مديناً من كل الوجوه وان كان غير مدين فلا تقبل ايضاً لانه يشهد لسيده من وجه . وتقبل شهادة المعتق لمن اعنته الا اذا كان اجيراً خاصاً .
ولا تقبل شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وتقبل له وتقبل الحكم للعدو وعليه خلافاً للشهادة لان اسباب الحكم ظاهرة والتهمة فيها منفية خلافاً للشهادة فان اسبابها خفية والتهمة موجودة .

ولا تقبل الشهادة ١ — في خارج مجلس المحاكمة ٢ — بالسمع ٣ — بدون لفظ اشهد وبقول الشاهد اعلم ٤ — بدون سبق الدعوى في حقوق الناس ٥ — على خلاف المحسوس ٦ — على خلاف المتواتر ٧ — على النفي ٨ — شهادة الصديق لصديقه اذا كانت الشهادة بينهما ادت الى تصرف كل منهما بما لا آخر ٩ — المدعى لنفسه ١٠ — الانسان على فعل نفسه ١١ — غير العادل ١٢ — شهادة الكفيل على اداء المال من الاصيل ١٣ — الشهادة الموجبة للتناقض ١٤ — شهادة الاجنبي على التبعة ١٥ — الشهادة الغير موافقة للدعوى ١٦ — اذا اختلف الشهود بسبب الشهادة ١٧ — الشهادة على الاكثر ١٨ — الشهادة على الملك المطلق بدعوى الملك المقيّد ١٩ — الشهادة المخالفة للدعوى بسبب الدين او المدعى به ٢٠ — اختلاف الشهود بالمشهود به ٢١ — الشهادة الموجبة للاختلاف فيما يتعلق بالمشهود به

٢٢ — اختلاف الشهود بلون المصسوب او بذكوره وانوته ٢٣ — الاختلاف في الشهادة بمقدار البدل بدعوى العقد ٢٤ — امتناع الشاهد عن حلف اليمين الذي كلف به .

والقاعدة بقول الشهادة بعد الرد وعدم قبولها هي ان مارد اذا كانت الشهادة فلا تقبل ابداً كشهادة احد الزوجين او الفاسق او المغفل والاجير ومن يعمل بما يخالف المروءة فلا تقبل بعد الرد ابداً لا بحضور الحاكم الذي ردها ولا بحضور حاكم غيره ولو كان الشاهد احد الزوجين وطلق الزوج زوجته بين الشهادتين واذا كان مارد هو غير الشهادة فنقبل اذا اجتمعت شروطها كالشهادة التي ردت لعدم موافقتها للدعوى او لعدم ذكر لفظ الشهادة فانها تقبل اذا وقعت مستجمعة لشروطها .

يستثنى من ذلك : اولاً — المملوك اذا ردت شهادته بسبب الرق ثم شهد بعد العتق
تقبل شهادته .

ثانياً — اذا ردت شهادة الشاهد لانه اعمى ثم بعد ان صار بصيراً اداها وكذا اذا ردت شهادة الصبي لكونه صبياً ثم بلغ وشهد تقبل شهادته .



الفصل الثاني

في بيان كيفية اداء الشهادة

مادة ١٦٨٧ [لا تعتبر الشهادة التي وقعت في غير مجلس المحاكمة] او في غير مجلس المحكمين فلا تقبل البينة على ان الشهود شهدوا بقضية في غير مجلس الحاكم . ويفترق مجلس الحاكم عن مجلس المحكم لان الحاكم لا يعقد مجلساً الا في مقر وظيفته اما المحكم فله عقد المجلس في اي مكان شاء واراد لان ولاية الحاكم تنقيد بالمكان خلافاً لولاية المحكم .

مادة ١٦٨٨ [يلزم ان يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود] بالروية والسماع [وان يشهدوا على ذلك الوجه] وليس لهم ان يشهدوا بناءً على اخبار ولو من جم غفير او من شاهدين واذا شهدوا كانوا شهود زور لان الشهادة من المشاهدة والمعاينة وقد ورد في الحديث « اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع » ولا يشترط للشهود عليه ان يرى الشهود حين تحمل الشهادة فيجوز للشهود ان يشهدوا على اقرار مقرر سمعوا اقراره مخبئين عنه . والمعاينة اما ان تكون بمعاينة السبب الموضوع للملكية او بمعاينة دليل الملكية وهذا يشمل المراتبات كبيع التعاطي والاقرار بالكتابة والاجارة بالتعاطي وحكم الحاكم الفعلي والغصب والقتل ويشمل المسموعات ايضاً كحكم الحاكم القولي والنكاح والوقف . واذا حصل علم الشاهد بمعاينة هذه الاشياء يشهد سواء قال له المشهود عليه اشهد على او قال له لا تشهد او سكت ولم يقل له شيئاً واذا سكت المشهود عليه فللشاهد ان يجبر عن سكوته لا ان يرتكب الكذب ويقول لقد اشهدني على نفسه وهذا يخصص بالشهادة اما في الشهادة على الشهادة فليس لشاهد الفرع ان يشهد الا اذ حمله شاهد الاصل اياها وامره بالشهادة بها .

وثقع الشهادة على بيع التعاطي سواء شهد الشهود ببيع التعاطي او بالبيع مطلقاً وفي المعاوضات كالبيع والاجارة والنكاح وما شابههما ونصح الشهادة لمن سمع الايجاب فقط فنقبل شهادة الشاهد في النكاح اذا شهد بان اب الصغير زوجه حسب ولايته عليه ولو لم يذكر الشاهد قبول الطرف

الآخر اما في العقود التي ليست من المعاوضات فلا تقبل الشهادة على الايجاب فقط بدون الشهادة على القبول ويشترط في الشهادة بالشراء بيان الثمن اذ بدونه لا يصح الحكم وللشاهد الذي حضر البيع ان يشهد بالملك بالسبب لا بالملك المطلق لان الشهادة بالملك المطلق اكثر من الشهادة بالملك بالسبب - ولا تقبل الشهادة بالتسامع بناءً عليه - [لا يجوز ان يشهد بالسمع يعني ان يشهد الشاهد بقوله سمعت من الناس] ولا ان يكتب جهة السماع ويشهد عن مشاهدة لانه يكون كاذباً بشهادته - واذا اقام المدعي دعواه الملك بسبب الارث من مورث له توفي قبل اربعين عاماً واقام شاهدين عمر كل منهما خمسة عشر عاماً لا تقبل شهادتهما - وكذا لا تقبل الشهادة بالحدود والسنور على التسامع بل يجب ادائها عن مشاهدة وعلم وكذلك الشهادة بالقتل لا تقبل بالتسامع [ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً او بوفاة احد بقوله سمعت من الثقة يعني لو قال اشهد بهذا لاني سمعت من ثقة هكذا تقبل شهادته] وتقبل شهادة الشاهد على الوقف والوفاء بالرؤية والمشاهدة ايضاً لانها اقوى من الشهادة بالتسامع فاذا شهد الشاهد بالوقف وقال انه كان موجوداً حين الوقف والتسجيل او شهد بالوفاء وقال انه رأى الميت لما توفي ودفن تقبل شهادته .

وتقبل الشهادة بالتسامع سواء سمع الشاهد ذلك من جم غفير لا يجوز العقل اجتماعهم على الكذب او سمع من شاهدين عادلين والاولى تسمى شهرة حقيقية والثانية تسمى شهرة حكيمية . وتقبل الشهادة على اصل الوقف بالتسامع عند محمد سواء كان الوقف قديماً او حادثاً لوجوب الافتاء بالوقف بما هو انفع له في الحوادث الخلف بها فتقبل شهادة الشاهد بالتسامع على اصل الوقف سيما ما كان قديماً منه لا يمكن ضياع الوقف اذا كانت لا تقبل مثل هذه الشهادة فتقبل شهادة الشاهد ولو كان بالعشرين من عمره على وقف مضى عليه المئات من الاعوام ولو فسر الشاهد بانه يشهد بالتسامع وقد قال بعض الفقهاء بصحة الشهادة بالتسامع على اصل الوقف اذا لم يبين الشاهد انه سمع ما قاله الا ان المجلة اختارت القول الاول وقبلت الشهادة بالتسامع مطلقاً سواء ذكر الشاهد التسامع ام لم يذكر .

ولا تقبل الشهادة بالتسامع على شروط الوقف والتولية مستقلاً على القول الراجح وتقبل تبعا

لاصل الوقف والفرق بين اصل الوقف والشروط ظاهر لان اصل الوقف يبقى قروناً واعصاراً ويشتهر بين الخاص والعام اما الشرائط فانها تنحصر بين اهل الوقف ولا يعرفها جميع الناس وربما تبدلت بتبدل النظار والتعامل فاصل الوقف هو الاشياء الموقوف عليها الوقف فاذا ادعى متولي الوقف عقاراً لجهة الوقف بيد آخر وادعى المدعى عليه الملك المطلق بدون بيان سبب وانكر دعوى المدعى فليمتولي اثبات دعوى اصل الوقف بالتسامع واذا ادعى المدعى عليه الملك المقيّد بسبب الشراء او الارث او الهبة وانكر الوقف لا تقبل بينة الوقف بالتسامع بل يطلب حينئذ من مدعى الوقف كتاب تسجيل لان الوقف غير المسجل يجوز بيعه والتوارث فيه ويجوز للواقف ابطاله برأي الحاكم وابقائه مستقراً في ملكه والتسجيل لا يثبت بالتسامع الا اذا اعترف المتصرف بالوقف ووقفته وادعى ابطال الوقف لسبب عارض ورجوعه الى ملكه يكون المتولي زايد والمتصرف بحكم الخارج ويكلف المتصرف لاثبات مدعاه والا تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف ويقضى بها .

اما شرائط الوقف فهي الاشياء التي لا نتوقف عليها صحة الوقف كتوزيع الغلة فلا تقبل فيها الشهادة بالتسامع الا اذا كانت ضمن الشهادة باصل الوقف راجع المادة ٥٤
ولا بد من الشهادة بالتسامع من وجود اربع صور الاولى : ان لا يذكر الشاهد لفظ التسامع بشهادته الثانية : ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع من ثبقة الثالثة : ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع بالتواتر فالشهادة بجميع هذه الصور الثلاث جائزة وصحيحة . والرابعة ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع ولم يذكر كيف سمع فلا تقبل شهادته .

ويجب بالشهادة باصل الوقف بيان الجهة بقوله هذا وقف للمسجد الفلاني او للقبرة الفلانية وبيان الواقف اذا كان الوقف ليس بتقديم والا لا تقبل الشهادة .

وتقبل الشهادة على الوفاة بالتسامع ايضاً لان ما كل ما يقدم على غسل الميت وتكفينه والنظر اليه وهو ميت الا ترى اننا في زماننا نقر وفاة الانبياء والصحابه والتابعين مع اننا لم نرهم ولا نعرفهم الا اسمائهم وقد جاز لنا هذا القول بناءً على الشهادة المستندة الى التسامع ولذا فاذا مات رجل وكان لا يوجد الا شاهداً واحداً يشهد على وفاته فهذا الشاهد ان يخبر آخر ولهذا الثاني ان يشهد بالوفاة ولا يكون ذلك محرماً عليه .

وتكون الشهادة بالموت بالتسامع بأربع صور الاولى ان لا يذكر الشاهد التسامع مطلقاً سواء كان الميت مشهوراً او غير مشهور فهذه الشهادة صحيحة والثانية ان يشهد بقوله سمعت من ثقة فهذه مختلف فيها بين الفقهاء الا ان المجلة قبلت القول القائل بصحتها والثالثة ان يشهد الشاهد بقوله انني لم ار ذلك لكنه متواتر بيننا ومشهور فهذه الشهادة ايضاً مقبولة استناداً الى قول من رأى ذلك وهو الحضاف . والرابعة ان يقول سمعت فقط فهذه الشهادة لا تقبل اصلاً .

ويشترط للثقة ان يكون عدلاً كي يحصل باخباره عند الشاهد غلبة ظن وقد اشير الى ذلك بكلمة (الثقة) وان لا يكون المخبر خصماً ومدعيّاً كالوارث والموصى له وان يكون المخبر نصاباً يحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل يكفي في الموت باخبار واحد وواحدة بالنسبة للشهادة واما القضاء فلا بد له من شهادة اثنين . وان يكون الخبر بلفظ الشهادة لا بلفظ الاخبار او ما يعادله واذا لم تلح هذه الشروط فليس للشاهد ان يشهد بالتسامع .

وتقبل الشهادة على الوقف بالتسامع ولا تقبل الشهادة على السماع بالوقف فاذا قال الشاهد اشهد بان المحل الفلاني وقف وقد سمعت ذلك من ثقة او لاني سمعت من ثقة تقبل شهادته ولا تقبل اذا قال اشهد باني سمعت من ثقة بان المحل الفلاني موقوف .

وتقبل الشهادة بالوقف والوفاء بالتسامع سواء فسر الشاهد الشهادة او لم يفسرها وتقبل الشهادة بالتسامع بباقي الاحوال الآتية بلا تفسير ولا تقبل مع التفسير .

[ويجوز شهادة الشاهد في حصول الولاية والنسب والوقف والموت]
 واصل الوقف والنكاح والمهر والدخول بالزوجة والعتيق والولاء [بالسماع من دون ان يفسر وجه شهادته يعني بدون ان يتكلم بلفظ السماع] استحساناً لا قياماً لان الشهادة من المشاهدة ووجه الاستحسان هو ان معاينة هذه الامور لا تيسر الا لخواص الناس لا كالباع والاجارة والعقود الباقية فلا يمكن لكل الناس ان يحضروا عند توجيه الولاية من السلطان الى الولاة او الى القضاة وكذا الدخول بالزوجة واشترط المشاهدة في مثل هذه الاحوال يحتاج الى حرج ومشقة وتوجب تعطيل الاحكام بالنسب يشتهر بالتهيبه والمخاطبات والمناداة وكذلك الموت ثبت بالتعزية وتقسيم التركات والنكاح يعلم بالولائم والافراج والدخول يعلم بالنسب والمهر والعدة

وثبت القضاء والولاية يعلم بقراءة المنشور وتكون الشهرة بذلك كالعيان . ونقبل الشهادة بهذه الاحوال بالتسامع اذا لم يفسر الشاهد التسامع واذا فسر نقبل شهادته بالوقف والموت وترد بالباقي لان الشاهد بقوله اشهد بالسمع يكون قد ادخل الريبة والشك على قلب الحاكم ولهذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد والمرسيل من الاخبار هو ان يترك الوسطة التي بينه وبين الرسول ويقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا بدون اسناد . ويلحق علم الشاهد بالولاية بثلاثة اوجه الاول بحضوره عند تقليد الولاية والثاني برؤية الوالي ومشاهدته وهو في وظيفته والثالث بالتسامع والشهرة الحقيقية او الحكمية .

ونقبل الشهادة على النسب بالتسامع لانها لو لم تقبل على هذا الوجه لوجب حضور الشاهد وقت الدخول والخلو وهذا لا يجوز ولان النسب علوق والعلوق يحتاج الى الوطء والوطء لا يشاهد . ونقبل الشهادة بالتسامع عند ابي يوسف ولا نقبل عند الطرفين وهو المفتى به . وفي البهجة نقبل الشهادة بالمهر بالتسامع بدون تفسير ولا نقبل بالتفسير وفي الفضية نقبل الشهادة بالنكاح بالتسامع بدون تفسير ولا نقبل بالتفسير الا ترى اننا نشهد بزواج السيدة فاطمة بنت الرسول على علي بن ابي طالب بالتسامع .

[مثلاً لو قال ان فلاناً كان في التاريخ الفلاني والياً او حاكماً في هذه البلدة وان فلاناً ابن فلان اعرفه هكذا وشهد بصورة قطعية من دون ان يقول سمعت نقبل شهادته وان لم يكن قد عاين هذه الخصوصات ولم يكن سنة مساعد المعاينة ما شهد به] .

ولا تقام دعوى النسب مستقلاً ولا تسمع الا في الابوة والبنوة ويجب ان تقام بدعوى مال كالوصية والوقف والاستحقاق والنفقة والارث واذا اقام المدعي دعواه النسب بالعمومة او الاخوة ضمن دعوى مال واثبت دعواه الاخوة ثم حضر ابوه وانكر دعواه لا يقبل انكاره ولا يعول عليه لان المدعي لا يتوصل الى اثبات دعواه الاخوة الا باثبات الحق على الغائب [وايضاً اذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلاً باننا لم نعاين هذا الخصوص لكنه

مشتهر بيننا بهذه الصورة نعرفه هكذا فنقبل شهادته [لان هذه الشهرة شهرة حقيقية ناشئة عن التواتر والتواتر لا يحتاج الى الثقة لانه لا يتحرى في التواتر لفظ الشهادة ولا العدالة .

مادة ١٦٨٩ [اذا قال انا اعرف الخصوص الفلاني هكذا واخبر به ولم يقل اشهد فلا يكون قد ادى الشهادة] سواء كان الشاهد رجلاً او امرأة او كانت الشهادة مما يتطلب فيها النصاب او مما يقبل الشهادة فيه بشهادة امرأة واحدة .

[ولكن على قوله هذا لو سأله الحاكم بقوله اتشهد هكذا واجاب بقوله نعم هكذا اشهد يكون قد اداها] عند ابي يوسف لان مهابة المجلس ربما ادت بالشاهد لان يتلعثم ولا يلفظ كلمة الشهادة وفي تلقين هذه الكلمة لا يوجد اضاءة حق و تهمة بل بالعكس يوجد احياء الحق اما في مواضع التهم لا يجوز للحاكم ان يلحق الشاهد شيئاً فاذا ادعى المدعي بالف وشهد الشاهد بالفين فلا يجوز للحاكم ان يلحق الشاهد بقوله هل تعرف انه رد له الالف الواحدة ولا تقبل شهادة الشاهد اذا قال اشهد على شهادة الاول او اذا قال اشهد بما شهد به صاحبي .

[ولا يشترط لفظ الشهادة في الافادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال كاخبار اهل الخبرة لانها ليست بشهادة شرعية وانما هي من قبيل الاخبار المجرد] .

وكذلك الاخبار باجر المثل والاخبار بالاجر الفاحش وبمقدار الاجرة في مال الصغير ومال الوقف الذي اجر بغبن فاحش والاخبار بدعوى الغبن الفاحش في مال باعه الوصي وكذا الاخبار عن منقول اريد الاشارة اليه في غير مجلس الحاكم اذا كان غير موجود في مجلس الحاكم حين الشهادة لا يحتاج المشير اليه الى ذكر لفظ الشهادة ويشترط لفظ الشهادة باخبار الخبراء الذين يشهدوا على تحليف المخدرة بدارها من قبل نائب الحاكم وتقبل في مثل هذه الاحوال شهادة شاهد واحد مع شهادة امين الحاكم .

مادة ١٦٩٠ [تكفي اشارة الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود عليه والمشهود به اذا كانوا حاضرين] ولا تكفي الاشارة اليهم بالرأس الا اذا كان يعلم بها

انها تشير اليهم واذا شهد الشهود على امرأة موجودة في المجلس وذكروا اسم ابائها وجدها ونسبها وقالوا انهم لا يعرفونها ترد شهادتهم الا اذا قال الشهود انهم يحملوا الشهادة على فلانة بنت فلان ابن فلان لكنهم لا يعرفونها وكانت حاضرة بالمجلس وعرفت من آخرين انها هي تقبل شهادتهم واذا كان المشهود به ديناً فلا يمكن الاشارة اليه بل يكتب في بذكر جنسه ونوعه ومقداره .

[ولا يلزمه ذكر اسم اب المشهود له والمشهود عليه ولا جد هما واما في الشهادة المتعلقة بالموكل الغائب او الميت فيلزم الشاهد ذكر ابائها وجدها] واذا كانا معروفين بصنعتها فيكتفي بذكرها لان القصد هو التعريف والتوصيف وتميز المشهود عليه عن غيره ولا يجب ان يكون المشهود عليه في مثل هذه الاجوال مدعى عليه فاذا ادعى احد على آخر حقاً حسب وكالته عن آخر وانكر المدعى عليه الوكالة واقام المدعي شهوداً لا ثبات دعواه يكلف الشهود لذكر اسم اب وجد وشهرة الموكل والا ترد شهادتهم وكذا اذا ادعى المدعي حقاً حسب وكالته واحضر شهوداً لاداء الشهادة فيجب ان يذكروا بشهادتهم اسم اب وجد وشهرة الموكل ان كان غائباً وكذا المدعى عليه . وكذا اذا ادعى المدعى عليه اداء الدين المدعى به للدائن مورث المدعي وبرهن على دعواه فيجب على شهوده ان يبينوا اسم اب وجد وشهرة المورث القابض .

[واكن اذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفاً فيكتفي ذكر الشاهد اسمه وشهرته لان المقصد الاصيلي تعريفه بوجه يميزه عن غيره] ويكتفي ايضاً بذكر لقبه اذا كان مشهوراً فيه كأبي حنيفة ويكتفي بذكر اسم المشهود عليه مع ذكر وقعة مشهورة له كامرأة قتلت في محل بصورة فظيعة مشهورة يكتفي بالشهادة على قتلها ذكر كون الشاهد يشهد بقتل المرأة التي قتلت يوم كذا .

مادة ١٦٩١ [يلزم بالشهادة بالعقار بيان حدوده] الاربعة او الثلاثة اذا لم يبين الشاهد الحد الرابع غلطاً - ولا تقبل شهادة الشاهد اذا كان لا يعين حدود العقار ولا يقدر على الاشارة اليه في محله ولا ترد شهادة الشاهد الذي عين حدود العقار ولماسئل من الحاكم فيما اذا كان يعرف العقار في محله ام لا اجاب لا لان الشهادة قد تمت ببيان الحدود الا ان المدعى عليه

اذا قال ان العقار الذي بيدي هو ليس العقار المدعى به والمشهد به فيكلف المدعي عندئذ لاحضار شاهدين للشهادة على ان العقار المدعى به هو نفس العقار الموجود بيد المدعى عليه .

ولا تبطل شهادة الشهود اذا ذكروا حدود القطعة المشهود بها وعينوا مساحتها خلاف الحقيقة لان ذكر المقدار لا يحتاج اليه بعد ذكر الحدود وذكر ما لا يحتاج اليه وعدمه سواء عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخر فيه تفصيل حيث قالوا ان الشهادة اذا وقعت في الارض بالاشارة لها لا تبطل واذا وقعت بعيدة عن الارض وبدون اشارة تبطل وهو الاظهر هندية .

يستثنى من ذلك - اولاً : اذا كان العقار المشهود به معلوم الحدود ، ثانياً : اذا شهد الشهود بالعقار المدعى به وتصادق الطرفان على ان العقار المدعى به هو العقار الوارد ذكره في الشهادة ، ثالثاً : اذا شهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان العقار المدعى به الى المدعي تقبل شهادتهم ولو بدون ذكر الحدود .

رابعاً : [ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهده باراته وتعيينه في محله فيذهب الى محله لاراته] وتصح شهادة الشهود بذلك في الاشارة ولو لم يعرفوا اسماء الجوار وتصح الاشارة اذا جرت من الشهود بحضور الحاكم او بحضور نائبة او بحضور اثنين من العدول حيث يرسل الحاكم عدلين مع الشاهدين الى محل العقار فيشير الشاهدان اليه ويسأل العدلان عن اسماء اصحاب الحدود ثم يعود العدلان ويشهدا باسم اصحاب الحدود بحضور الحاكم (ولو الجنيه) الا ان التطبيقات الاصولية الجارية في زماننا هي ارسال احد اعضاء محكمة البداية او الاستئناف او ذهاب حاكم الصلح او الحاكم الشرعي او امينه مع الشهود واجراء الاشارة بمعرفته وحضوره على ما اشار الى ذلك قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

ويجوز للشاهد ان يؤدي قسماً من الشهادة بالعقار ويكملها غيره فاذا شهد شاهدان بان العقار المحدود والموصوف الى المدعي وشهد اثنان آخران بان العقار المذكور هو بيد المدعي عليهم تقبل شهادتهم حيث يكونوا قد اكملوا شهادة بعضهم بعضاً . وكذا اذا شهد شاهدان بملكية زيد لعقار محدود ثم شهد آخر بان العقار المشهود به كائن في مكان كذا تقبل شهادتهم .

مادة ١٦٩٢ [اذا ادعى المدعي بالاستناد الى الحدود التي هي في السند وشهدت

الشهود بان العقار المحرزة حدوده في هذا السند هو ملكه فتصح شهادتهم كما ذكر في مادة ١٦٢٣ [لان المدعى به قد علم بالاشارة وكذلك بالدين فاذا ادعى المدعي بسند وقال يطلب لي من ذمة المدعى عليه المبلغ المحرر بهذا السند وشهد الشهود بذلك تقبل الدعوى والشهادة . وكذا في البزازية كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد اشهد ان لهذا المدعي على المدعى عليه كل ما سمي ووصف في هذا الكتاب او قال هذا الذي وصف وقرأ في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه الى هذا المدعي يقبل لان الحاجة تدعوا اليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان .

واذا لم يشهد الشهود بالحدود المعينة بالسند بل شهدوا من ورقة كانوا حرروها قبلاً ينظر فاذا كان الشهود يعلمون الحدود وقد استعانوا بالورقة نوع استعانة تقبل شهادتهم والا فلا (اقروى) .

مادة ١٦٩٣ لا يشترط الجبر الصحيح ولا الجبر الحكمي والضروري لصحة الشهادة بالارث عند الامام الثاني لان الوارث يملك ماله مورثه بطريق الخلفية حتى ان الوارث يرد المبيع الذي اشتراه مورثه للبائع بخيار العيب وكذلك المشتري يرد المبيع الذي اشتراه من المورث الى الوارث بخيار العيب ويصير الوارث مغروراً فيما اشتراه المورث فيما كان المورث مغروراً فيه فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً الى هذا الوقت لا ملكاً آخر بناءً عليه [اذا ادعى احد بان لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم وشهدت الشهود بان للميت في ذمة المدعى عليه المقدار الذي ادعى فيكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها صارت مورثة للورثة واذا ادعى عيناً يعني لو ادعى بان في يد فلان عيناً من مال المورث فالحكم هو بهذا الوجه ايضاً] لان مال المورث ينتقل للوارث بالضرورة ولا يجب الجبر الصريح على الشاهد بان يقول بان المال موروث الى المدعي ولا يجب الجبر الحكمي والضروري ايضاً كقول الشاهد ان المدعى به هو مال المدعي المورث او بقي في يده او في يد نائبه كستأجره او مستودعه او مستعيره او في يد غاصبه الى حين وفاته وكذا لا يشترط الجبر الصريح والحكمي والضروري

بدعوى المدعي فلا يكلف المدعي لبيان بقاء المدعى به في يد مورثه لحين وفاته اما الطرفان فقد قالوا بلزوم الجر الصريح او الحكمي بدعوى الارث والشهادة وان الدعوى لا تصح بدون ذلك وقد اختارت المجلة القول الاول كما هو ظاهر من متن هذه المادة .
و يشترط بالشهادة بدعوى الارث اربعة شروط :

الشرط الاول : بيان سبب الوراثه وذكر كون المدعي وارثاً للمتوفي المالك فيجب على الشهود ان يقولوا بان المدعي هو شقيق المتوفي او اخوه لايه وفي الجر لو ادعي انه عم الميت يشترط لصحة الدعوى ان يفسر فيقول عمه لايه وامه او لاحدهما . واذا شهد بالاخوة فلا يكتفى بقوله ان المدعي اخ المتوفي لان المدعي قد يكون اخاً ويكون محجوباً بالشقيق الا اذا كان الوارث لا يجب اصلاً فلا يحتاج الشاهد بالشهادة لذكر كونه وارثاً للمتوفي . وكذا لا تقبل شهادة الشاهد اذا قال بان المدعي وارث الميت ولم يبين سبب الارث لاختلاف اسبابه ولان القضاء بالمجهول متعذر فان مات الشاهدان او غابا قبل ان يسألها فلا يقضى بشيء (خانية) .

الشرط الثاني : يشترط على الشاهد ان يذكر الوسائط التي بين المدعي والمتوفي الى ان يلتقيا في اب واحد ولذا يجب على الشاهد ان يقول ان هذا المدعي هو زيد بن عمرو وامه زينب وان المتوفي هو بكر بن عمرو وامه زينب ولذا فهما شقيقان .

الشرط الثالث : يشترط على الشاهد ان يعدد اسماء ورثة المتوفي ويقول ان لا وارث له سواهم او انه لا يعرف ان له وارث غيرهم او غير المدعي واذا حصر الشاهد الشهادة بز يد لا يمنع عليه ذكر عمرو بعد ذلك ولا يكون قد ناقض قوله الاول لان قوله لا وارث له سوى فلان هو بمعنى انه لا يعرف وارثاً له سوى فلان وهذا لا يمنع بعد ذلك من الاطلاع على وجود وارث آخر وتسميته (اقروي) وفي الهندية شهد رجلان لرجل انه اخوالميت لايه وامه ووارثه ولا يعلمان له وارثاً غيره فقضي ثم شهد الآخر انه ابن الميت لا تقبل ويضمنان للابن ما اخذ الاخ ولو شهد الآخر انه اخوه لايه وامه ووارثه ولا يعلم له وارثاً غيره وغير الاول تقبل ويدخل الثاني مع الاول بالميراث ولا ضمان على الشاهدين للاول ولا يفرمان للثاني شيئاً .

وهذا الشرط الثالث هو شرط اسقاط تلوم الحاكم لا شرط الحكم بناءً عليه اذا قال الشهود

ان هذا المدعي هو ابن المتوفي ووارثه ولم يقولوا بان لا وارث له سواء فينتظر الحاكم ظهور وارثاً غيره مدة سنة عند الامامين فاذا لم يظهر وارث بظرف هذه المدة يسلم المال الى المدعي .
الشرط الرابع : ادراك الشهود الى الميت بناءً عليه يجب على الشهود ان يوصلوا المشهود له الى الميت والا لا تصح شهادتهم وفي در الخنار (ذكر اسم الميت ليس بشرط حتي لو شهدا انه جده ابو ابيه او امه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل) .

مادة ١٦٩٤ الشهادة بالدين على الميت لا تحتاج الى الجر كقول الشاهد انه مات مديوناً او مات والدين باق بدمته لعدم امكان معرفة هذه الجهة فاذا اشترطت في الشهادة تكون سبباً لضياع الحقوق .

بناءً عليه [اذا ادعى احد من التركة كذا ديناً وشهد الشهود بان للمدعي في ذمة الميت مقدار ما ادعي من الدين فيكفي ولا حاجة الى التصريح بكونه باقياً في ذمته الى مماته] لان الشاهد يعرف الدين بمعاينة اسباب البيع والايجار والاقرض واتلاف المال ويفارق المديون الدائن بعد ذلك ويمكن ان لا يطلع على الاداء فاذا كلف بقاء الدين بالذمة الى وقت الشهادة يكون قد كلف كلفة عظيمة وهذا يسبب ضياع حقوق الناس ويجب على الشاهد ان يقول بان زيداً مديوناً الى عمرو بكذا لا ان يقول كان مديوناً لان الشهادة تجب ان تكون على الحال لا ان تنسب الى الماضي وقد قال بعض الفقهاء بلزوم الجر في مثل هذه الشهادة لان المديون قد توفي وهو غير قادر على بيان الاداء وورثته يجاهون الاداء فلا يمكنهم بيانه وجواباً لهذا القول نقول ان المدعي في مثل هذه الاحوال يثبت دعواه بالبينة ويحلف اليمين على ما ورد في المادة ١٧٤٦ فلا حاجة للشهادة على الجر . وكذا الحكم في الجنابة وفي التكملة اذا قال الشهود ان فلاناً قد جرح فلان وبقي مريضاً الى وفاته فيكتفي بشهادتهم ولا يجب عليهم ان يقولوا بانه توفي بسبب الجريمة .

[واذا ادعى بعين يعني لو ادعى بانه كان له في يد الميت عين فالحال على هذا المنوال] لان العين اما ان تبقى باقية وتظهر بتركة المتوفي فيأخذها صاحبها عيناً كما وجدها ولا حاجة بذلك لبيان الشاهد بقائها بيد المدعي عليه المورث الى حين وفاته لانه بظهورها يثبت بقاؤها

واما ان تكون هالكة ويجب فيها التضمين فينقلب الامر الى الدين والدين قد ورد ذكره في الفقرة الاولى من هذه المادة .

وقد اتفق الفقهاء بقبول الشهادة على اليد الميمنة واختلفوا بقبولها على اليد الحية فالشهادة على اليد المنقضية الماضية الحية لا تجوز فلا تقبل شهادة الشاهد اذا قال ان هذا المال كان قبل شهر بيد المدعي لان وضع اليد قد يكون بسبب الملك وقد يكون ايضاً بسبب القرض والعارية وماشابه ذلك والشهادة لا تكون على مجهول ولا يقال لو اضع اليد حالاً سلم المال الى المدعي بالاستناد الى مثل هذه الشهادة لان وضع اليد الثانية وهي المبنية على المشاهدة اقوى من الاولى وهي المبنية على الشهادة لان المشاهدة تفيد علم اليقين والشهادة تفيد غلبة الظن . الا اذا قال الشاهد ان المدعي عليه احدث يده بعد ذلك على المدعي به او اقر المدعي عليه بيد المدعي السابقة او اقيمت البينة على اقرار المدعي عليه بيد المدعي السابقة لان مثل هذه الاحوال توجب اعادة اليد على ما جاء في المادة ٢٤ وما يليها من مواد قانون حكام الصلح لوجوب رد المال الى واضع اليد القديم اذا اخذ المال من يده بغير وجه شرعي وقد ورد بقوله (صلعم) على اليد ما اخذت حتى ترد الا ان هذا الحكم وهذا الرد لا يكون حكماً في الاصل ولا يمنع المحكوم عليه بعد ذلك من اقامة الدعوى واثبات الملك واسترداد المال المأخوذ منه لان دعوى ازالة اليد لا تؤثر على دعوى الملكية .

اما الامام الثاني فقد قبل الشهادة باليد المنقضية لان ما يثبت بالبينة كالثبات بالاقرار وتقبل الشهادة باليد المتوفاة المنقضية فتقبل شهادة الشاهد اذا قال ان المال الفلاني هو لفلان وقد بقي في يده الى وفاته لسقوط يده بالوفاة ولان يد الميت لا تنتوع كيد الحي حتى اذا كان المال امانة بيده ومات مجهلاً انقلبت الى الضمان .

مادة ١٦٩٥ [اذا ادعى احد على آخر ديناً فان شهدت الشهود بان المدعي به دين في ذمة المدعي عليه للمدعي يكفي] ولا يجب على الشاهد ان يشهد ببقاءه لان الذي شهد بالملك انه له شهد بالملك له في الحال .

وينقسم المدعي به الى دين وعين فالدين اما ان تقام به الدعوى والشهادة في الحال اي ان يدعي المدعي الدين في الحال وقيم بينة على دعواه كقول الشاهد اشهد ان لفلان بذمة فلان

مبلغ كذا تقبل هذه الشهادة ولا يسأل الشاهد عن بقاء الدين بذمة المديون او عن عدم بقاءه
واما ان نقام به الدعوى في الحال ويشهد الشهود بالماضي فنقبل شهادتهم عند بعض الفقهاء
لكنهم يستلوا عن بقاء الدين على ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المارة .

[ولكن اذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء وقالت الشهود
لا ندرى فترد شهادتهم] . وهذا السؤال يقع من الحاكم بطلب الخصم لا بدون طلب
لان الحاكم لا يحل له اجراء ذلك بدون طلب .

واما ان نقام الدعوى في الماضي ويشهد الشهود في الحال فالشهادة لا تقبل في هذه الدعوى
بالعين لعدم صحة الدعوى اما في الدين فتحتمل الى نص صريح .

اما العين فالحكم بها كذلك اما ان تقع الشهادة والدعوى به في الحال واما ان يدعي المدعي في الحال
ويشهد الشهود في الماضي فنقبل الشهادة مطلقاً لان الملك اذا ثبت للمالك بزمان ماضي فلا يزول
ملكه منه بدون عقد يوجب زوال الملك اما اذا ادعى المدعي الملك في الماضي وشهد الشهود بملكه
في الحال او في الماضي فلا تقبل شهادتهم لعدم صحة الدعوى كما قلنا لان المدعي لو كان ذا ملك
في الحال لما اسند لنفسه الملك الى الماضي ولا تقبل شهادة الشاهد ولو شهد في الحال لانها مكذبة
بدعوى المدعي اما لو ادعى المدعي دعواه في الحال وشهد الشاهد بالعين في الماضي تقبل لان
الشاهد يمكنه معاينة سبب الملك وهو البيع وما شابهه ولا يمكنه معاينة دوام الملك الى حين
الشهادة فنقبل شهادته بطريق الاستصحاب .



الفصل الثالث

في بيان شروط الشهادة الاساسية

مادة ١٦٩٦ [يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس] . لان الحاكم منصوب للحكم بالقضايا والعدل بين الناس فاذا ادعى احد على آخر بألف وانكر المدعى عليه دعواه فاحضر المدعي شاهدين شهدا بالالف وزادا على شهادتها بان المدعي ابرأ المدعى عليه من المبلغ يحكم للمدعي بدعواه ما لم يدع المدعى عليه البراءة (خانية) .

و يشترط في الدعوى ان تكون هي الدعوى التي شهد بها الشهود وان تكون صحيحة فاذا شهد الشهود بحق غير الدعوى المدعى بها او كانت الدعوى غير صحيحة لا تقبل الشهادة .

ولا يشترط للشهادة سبق الدعوى في حقوق الله لان الشهادة في هذه الحقوق لازمة على جميع الناس وكل واحد من المجتمع البشري خصم بها فاذا ادعت المرأة بارت فلاناً طلقها بالوكالة عن زوجها وشهد الشهود بانه هو الذي طلقها تقبل شهادتهم . وكذا دعاوي الوقف والحدود وطلاق المرأة وحرمة المصاهرة والايلاء والظهار وعتق الامة وتدبيرها فتقبل الشهادة على كون العقار موقوفاً لمسجد او للفقراء عند الامامين بلا سبق دعوى ولا تقبل الشهادة على كون العقار موقوفاً لاشخاص معلومة بلا سبق دعوى بالاتفاق فاذا باع رجل عقاراً ثم ادعى بانه كان وقفه على مصالح الفقراء وبرهن تسمع دعواه وتقبل بينته ويحكم بوقفية العقار المدعى به ولا ينظر الى تناقض البائع المدعى ولا يجوز للمدعي طلب تحليف المدعى عليه على هذه الدعوى اذا لم يتمكن المدعي من اقامة البرهان لان التحليف يكون بناءً على الدعوى والدعوى لم تصح بسبب التناقض .

مادة ١٦٩٧ [لا تقبل البيينة التي اقيمت على خلاف المحسوس] ولو كانت بينة ثواتر لان البيينة خبر صدق فاذا خالفت المحسوس صارت كذباً وهذا يخالف ما يجب تجريبه في البيينات .

المحسوس هو ما يدرك بالحواس الخمس وهي السمع والبصر والشم والذوق واللمس ويقال لها الحواس الخمس .

[مثلاً اذا اقيمت البيئة على موت احد وحياته مشاهدة او على خراب دار وعمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر] . فلا تقبل بيئة المدعي اذا ادعى بتخريب داره من مدع عليه وظهور بانها عامرة او ادعى بوفاة والده وطلب حصته الارثية منه وظهور ان اباه حياً . وكذا اذا شهد الشهود بان عشرين ذراعاً من هذا الثوب او عشرين رطلاً من زيت هذا البرميل هي لفلان وظهور بان الثوب اقل من عشرين ذراعاً والبرميل اقل من عشرين رطل ترد شهادتهم (هندية) .

مادة ١٦٩٨ [لا تقبل البيئة التي اقيمت على خلاف المتواتر] لان التواتر يفيد علم اليقين وما يخالفه هو كذب لا محالة وكذا لا تقام الدعوى على خلاف المتواتر لانها دعوى المحال . ولا فرق بين ان يكون المستند الى التواتر مثبتاً او نافياً وسواء كان في الاموال او بغيرها وسواء كان قبل الحكم او بعده فلا تقام على خلافه البيئة العادية ولا يقام التواتر ايضاً لان التواتر حجة قطعية لذلك اذا تحقق وجود رجل في مدينة بوقت معلوم واقم خبر التواتر على ذلك ثم ادعى بوجوده في مدينة اخرى بذاك الوقت وكان وجوده في المدينتين بوقت واحد مستحيلاً عقلاً ترد دعوى المدعي وبيئته اذا اقامها ولو كانت بيئة تواتر . بناءً عليه اذا احضر الطرفان المتداعيان جماعة واقاما التواتر فلحكم امعان النظر في الخبرين وقبول ايها جمع شروط التواتر واطمان له قلبه ووجدانه لان الحاكم لا يمكن ان يقبل الخبرين لعدم امكان حصول الطائنة الى الاثنين بوقت واحد .

مادة ١٦٩٩ [انما جعت البيئة مشروعة لاثبات الحق] لا لنفيه لان النفي عدم والشهادة مشقة من المشاهدة والمناهدة تحصل بالعلم لا بالنفي .

[بناءً عليه لا تقبل الشهادة بالنفي الا في الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الامر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان] وفلان لم يكن بالتاريخ الفلاني

في بلدة كذا وكذا اذا ادعى المستودع رد الوديعة للمودع في مكان معلوم وادعى المودع بانه لم يكن موجوداً بذلك الوقت في ذلك المكان لا تقبل بينته .

[ولكن بينة النفي] والاثبات [المتواتر مقبولة مثلاً لو ادعى احد بافي اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا مقداراً من الدراهم واثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي] لان التواتر قد اثبت عدم وجود المدعى عليه في المحل المدعى وقوع العقد فيه والثابت تواتراً لا يدخله الشك .

وكذا نقام البينة على الشرط المنفي كمن قال ان زوجي طالق اذا كنت لم ادخل اليوم هذه الدار فتقبل بينة الزوجة على ان زوجها لم يدخل الدار لان هذه البينة اثبات للجزاء وهو الطلاق واثبات الطلاق اثبات لانفي .

مادة ١٧٠٠ [يشترط ان لا يكون في الشهادة] وفي بعضها [دفع مغرم او جر مغنم] او تناقض [يعني ان لا يكون داعية لدفع المضرّة وجلب المنفعة] لان الرسول (صلعم) قال (لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره) . ولان المنافع بين الاصول والفروع متصلة ولا يجوز اعطاء زكاة بعضهم لبعضهم حتى ان القاضي شريح كان رد شهادة الحسن لوالده . وتقبل شهادة الاقارب فيما عدى ما ورد في هذا الحديث لان درجة القرابة لا تكون موصلة للمنافع بنسبة الاصول والفروع ولرب قائل يقول ان بعض الاخوان محبوبون بعضهم اكثر من الآباء والابناء فنقول جواباً على ذلك ان الغالب الشائع هو وجود الصلة بين الاصول والفروع اكثر من غيرهم والعبرة للغالب الشائع لا للنادر . وتقبل شهادة المدعي لشاهد الذي كان شهد له قبلاً ولا يقال انه شهد له فلا تقبل شهادته .

وحيث يشترط ان لا يكون في الشهادة دفع مغرم فلا تقبل شهادة الكفيل بالمال على اداء الدين من المكفول لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذا لا تقبل شهادة البائع

لمشتري المشتري بالبيع الواقع من المشتري الاول الى المشتري الثاني لانه ينبغي عن نفسه عهدة البيع بهذه الشهادة .

وكذا لا تقبل شهادة الكفيل للمكفول له على المدين الاصيل لان الحكم على الاصيل والتحصيل منه يوجب براءة الكفيل .

وكذا لا تقبل شهادة المكفول له بالكفالة النفسية على اداء المكفول المال الذي بسببه حصلت الكفالة النفسية الى المكفول له .

وكذا اذا كفل اثنان مبالغاً ثم ادعى الدائن الكفالة على ثالث فشهد الكفيلان بكفالة الكفيل الثالث لا تقبل شهادتهما .

وكذا اذا ادى الوصيان دين المتوفي بلا حكم ثم شهدا بان للدائن القابض بذمة المتوفي مال لا تقبل شهادتهما ويضمنان . ما دفعا ولو شهدا اولاً ثم امرهما القاضي بقضاء الدين وقضاه لا يلزمهما الصمان (اقروي) .

ولا تقبل شهادة المدينون قبل اداء الدين مع شاهد آخر على ان الدين الثابت بذمته لفلان هو لفلان وان دائنه قد اقر بذلك وتقبل هذه الشهادة بعد اداء الدين (خانية) .

قلنا يشترط في الدعوى ان لا يكون فيها جر مغنم فلا تقبل شهادة الاصول والفروع لبعضهم ولا من يعيش بنفقة غيره ولا الاجير الخاص ولا الشريك في مال الشركة ولا الاصدقاء الذين صارت صداقتهم بدرجة تصرف كل منهم في مال الآخر ولا شهادة بعض الدائنين في الدين المشترك على الدائنين الآخرين بانهم قبضوا حقهم من المدين لان لهم الرجوع عليهم فيما قبضوه .

وكذا لا تقبل شهادة المأجور لاداء الشهادة ولا الشاهد الذي ركب الدابة التي استكراها المشهود له وحضر للحكمة ان كان قادراً على المشي او على دفع اجرتها وللشاهد عندابي يوسف أكل طعام المشهود له سواء هيأه له ام لا وتقبل شهادة الشاهد الذي ركب دابة المشهود له التي استكراها اذا كان الشاهد لا يقدر على المشي ولا على دفع الاجرة لان ذلك من الاكرام وقد ورد في الحديث (اكرموا الشهود) .

وكذا لا تقبل شهادة قاطني القرية واصحابها على حدود تلك القرية المختلف بها فيما بينهم وبين القرى المجاورة .

وكذا لا تقبل شهادة الدائن لمدينه بعد وفاته سواء كانت تركته مستغرقة ام لا وله الشهادة لمدينه حال حياته ولو مفلساً وبجنس دينه عليه لان دين المديون يتعلق بماله بعد وفاته وبذمته حال حياته . وفي الاقروى ولو ادعى على ميت ديناً وقضى له بذلك وقد ترك وفاته ثم ان المقتضى له شهد للورثة بدين الميت على رجل لا تقبل لانه ينتفع به .

وكذا اذا اقتسم شركاء ثلاث داراً مشتركة ثم شهد واحد لآخر بان الثالث باعه حصته لا تقبل شهادته لان البيع مانع لنقض القسمة بخيار العيب وهذا مضر بالشريك الشاهد . وكذا لا تقبل شهادة اهل السكة بمصالح السكة اذا كانت غير نافذة وتقبل شهادتهم بالنافذة الا اذا كان الشاهد يطلب حق فتح باب بتلك السكة .

وترد الشهادة لدفع المغرم وجر المغنم ولو وقعت بحق من امتنعت عليه الشهادة ومن لم تمنع عليه معاً . فاذا شهد الاب لولده واجنبي ترد شهادته بحق الاثنين ولا يقال بانها ترد بما يصيب الابن وتبقى بما يصيب الاجنبي وكذا اذا شهد اثنان من المديونين الثلاثة بان دائنهم ابرأ ذمتهم من ماله عليهم من الدين ينظر فاذا كانوا كفلاء فلا تقبل شهادتهم لانفسهم ولا للمدين الثالث واذا كانوا غير كفلاء ينظر فاما ان يشهدوا هذه الشهادة بلفظ واحد فترد والا تقبل .

وتقبل شهادة سكان القرية الذين لا اغنام لهم باعتداء الجوار على مرعى القرية اذا كان سكان القرية قوماً غير محصور . وتقبل شهادة اب التلميذ الذي يقرأ في مدرسة بالدعوى التي اقيمت بحق وقف غلة مشروطة على معلمي تلك المدرسة . وتقبل شهادة سكان المحلة على ماء السبيل الموجود بتلك المحلة بكونه موقوفاً بناءً على دعوى المتولي .

وتقبل شهادة اهل المحلة بوقف مسجد محلتهم وتقبل شهادة العلماء المقيمين في المدرسة على ما وقف لتلك المدرسة وتقبل شهادة ابناء السبيل بما وقف على ابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل والا تقبل وقيل تقبل على كل حال لان كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم (بزازية) .

[بناءً عليه لا تقبل شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل يعني لا تقبل شهادة الآباء والاجداد والامهات والجندات لأولادهم واحفادهم ولا شهادة الاولاد

والاحفاد والآباء والاجداد والامهات والجندات وهكذا شهادة احد الزوجين للآخر [ولا تقبل شهادة الاقرباء بعضهم على بعض ولو شهد الشاهد على احدهم بدعوى للآخر فلا تقبل شهادة الابن لامه على ابيه ولا تقبل ايضاً شهادة الابوين بحق لابنها على الابن الآخر] .

وكذا بدعوى غير المال فاذا شهد الولد بان اياه طلق خالته ينظر فاذا كانت ام الولد بغير الحياة وغير مطلقة لا تقبل الشهادة والا تقبل وكذا لا تقبل شهادة الاولاد بان اباهم وكل وكيلاً لرؤية اموره سواء قبلها الوكيل او ردها (درر) .

يستثنى من ذلك شهادة الجد لحفيده على ولده فانها مقبولة لان حنو الجد على ابنه اكثر منه على حفيده .

وكذلك احد الزوجين فلا تقبل شهادتهما بعضهما على بعض ولو بعد الطلاق البائن قبل انقضاء العدة وكذلك الزوجية العارضة بعد الشهادة وقبل الحكم فانها تمنع الشهادة السابقة وتبطلها .

[واما الاقرباء الذين هم ما عدا هؤلاء فنقبل شهادة احدهم للآخر] لعدم وجود التهمة ولان آية (واشهدوا ذوي عدل منكم) وردت عامة مطلقة فيعمل بعمومها لعدم وجود دليل التخصيص .

[وكذلك لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة شخص له ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره] استثناءً لان المالك يملك منفعة الاجير فاذا قبلت شهادة الاجير تكون مأجورة وهذا لا يجوز وتبطل شهادة الشاهد اذا استأجره المشهود له بعد الشهادة وقبل الحكم . وكذا لا تقبل شهادة المزارع لرب الارض اذا كان البذر من صاحب الارض ولا شهادة الاجير المستخدم يوماً واحداً اذا شهد بذلك اليوم لكنها تقبل اذا اعادها بعد مضي اليوم المذكور .

[واما الذين هم خدام لشخص فنقبل شهادة كل للآخر] كذلك لا تقبل شهادة احد الشركاء للآخر في مال الشركة [لان المشهود به مشترك بين الشاهد والمشهود له وهي بحكم الشهادة للنفس ولا تقبل ايضاً شهادة اجير الشريك الخاص للشريك]

الآخر بالمال المشترك وتقبل شهادة مثل هؤلاء لأقرباء بعضهم فتقبل شهادة الاجير الخاص لزوجته مستأجره وتقبل شهادة الاجير المشترك مطلقاً وتقبل شهادة الشركاء لبعضهم فيما لا يعود على مال الشركة وتقبل شهادتهم على بعضهم فيما يعود الى الشركة وتكون اقراراً .

ولا تجوز الشهادة على الشهادة بمال الشركة لانها تعود الى الشركة .

وكذا لا تجوز شهادة الموصى له بالوصية بالثلث او بمبلغ معلوم للمتوفي الموصى لان هذه الشهادة اما ان تزيد عن مقدار الوصية اذا كانت بالثلث واما ان تجعلها سالمة اذا كانت بمبلغ معلوم .

وكذا لا تقبل شهادة المرتزقة لغلة النقود الموقوفة لانهم ذو نصيب بها وتقبل شهادتهم باصل الوقف .

واذا شهد اثبات بمال لها ولثالث فاما ان يقولوا بشهادتهما ان المال مشترك بينهما وبين الثالث فترد شهادتهما واما ان يطلقا الشهادة ولا يقيداها فترد ايضاً لاحتمال الشركة واما ان يذكر عدم وجود الشركة فتقبل شهادتهما بما يعود للثالث وكذا لا تقبل شهادة فقراء البيت اذا شهدوا بوصية اوصى بها على فقراء البيت واذا كانوا اغنياء تقبل ولو شهدوا ان هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهم منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا لان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادته لنفسه لا محالة (ابو السعود) .

وتقبل شهادة اثنين من قبيلة اذا شهدا بان زيدا قد اوصى بثلث ماله الى قبيلتهما ولا يكونان ذا حصة بذلك .

وتقبل ايضاً شهادة فقراء الجيران بالوصية الموصى بها على فقراء الجيران ولا يكون الشهود ذا حصة بها فاذا شهد اثنان من الفقراء بان زيدا قد اوصى بثلث ماله لفقراء جيرانه فتقبل شهادتهما ولو كانوا من جيرانه الفقراء لكنهما لا يأخذان حصة من الوصية .

وتقبل شهادة الشفعاء بالشفعة للشفيع اذا كانوا اسقطوا حقهم في الشفعة والا فلا .

[ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال بكون المكفول به قد ادى من طرف الاصيل ولكن تقبل شهادة احدهم للآخر في سائر الخصوصات] .

ولا تقبل الشهادة للنفاض فاذا شهد الشهود بمال لزيد او لوقف او لمتولي وقف كالشهادة على عمار المتولي الذي اقامه في البناء انه اقامه لنفسه ثم شهد به لعمرو او لوقف آخر او بان المتولي

عمر العارة لجهة الوقف ترد الشهادة الثانية للتناقض وكذا اذا ادعى المدعي المال لنفسه ثم شهد به
لا آخر لا تقبل شهادته .

مادة ١٧٠١ [شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن اذا وصلت صداقتها
الى مرتبة يتصرف احدهما في مال الآخر فلا تقبل شهادة احدهما للآخر]
لانه يكون قد شهد لنفسه والشهادة بجر المغنم ودفع المغرم لا تصح .

مادة ١٧٠٢ [يشترط ان لا يكون بين الشاهد والمشهد عداوة دنيوية
وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف] .

يشترط في الشهادة عدم وجود العداوة الدنيوية لان العداوة تجعل في القلوب احقاداً وهذا
حرام ومناف للعدالة ولا يمكن للعقل السليم ان يقبل بان العدو لا يشهد كذباً بناءً على عداوته
وتقبل شهادة العدو الى عدوه لعدم وجود التهمة . وتنشأ العداوة الدنيوية عن حب الجاه والمال
والنفاذ في ذلك بناءً عليه لا تقبل شهادة المجروح على الجارح ولا شهادة ورثة المقتول على
القاتل ولا شهادة المقدوف على القاذف ولا شهادة المشتوم على الشاتم . ولا تحصل العداوة الدنيوية
بمجرد طلب الحق لدى حاكم حقوقي او للضرب او بسبب طلب الحبس لاستيفاء الحق (تنقيح) .
ويجب لطلب رد الشهادة بسبب العداوة بيان سببها فلا تسمع الدعوى في ذلك بدون بيان
السبب الا ان المشهد عليه اذا قال ان بينه وبين الشهود عداوة ولم يبين السبب يكون قد فسق
نفسه وترد شهادته بحقهم اذا شهد (هندية) .

ولا تمنع العداوة الدينية الشهادة فتقبل شهادة العدو لعدوه بسبب اختلاف الدين او بسبب كون
المشهد عليه فاسقاً او سفياً الا اذا حصل بسبب هذه العداوة عداوة دنيوية كافرط الفاسق
بأداء الناس والقذف بهم .

مادة ١٧٠٣ [ليس لاحد ان يكون شاهداً ومدعياً . بناءً عليه لا تصح شهادة
الوصي لليتيم والوكيل لموكله] اذا كان وكلاً بالخصومة والمرافعة ولا شهادة الوصي للمتوفي
وتقبل شهادة الوكيل لبعض الدين لموكله بالدين والفرق بين الوصي والوكيل هو ان الوصي اذا

خرج من الوصاية وشهد لا تقبل شهادته اما الوكيل بالخصومة اذا خرج من الوكالة قبل المخاصمة وشهد تقبل شهادته ولا تقبل شهادة الوصي ولو بلغ جميع الورثة اذا قبل الوصاية بعد وفاة الميت وتقبل شهادته اذا رد الوصاية ولم يقبلها اصلاً (اقروى) لحلول الوصي محل الميت ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل القاضي فكان كالميت نفسه فاستوي خصامه وعدمه بخلاف الوكيل اذا لم يخاصم قبلت لعدم التهمة لان الموكل حى وهو قائم في حق نفسه دون الوكيل .
وتقبل شهادة الوصي على الميت وعلى اليتيم وتقبل شهادة الورثة على دين التركة وعلى وصية المورث لعدم وجود التهمة (فيضيه)

وترد شهادة الوكيل بعد المخاصمة سواء اثبت وكالته بسند او بحضور الحاكم واذا عزل الوكيل من الوكالة بعد المرافعة ثم شهد لموكله ينظر فاذا كان التوكيل بحضور الحاكم تقبل شهادته واذا كان بحضور غيره الحاكم واثبت الوكيل وكالته بالبيئة بحضور الحاكم لا تقبل شهادته لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً بمقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول لان علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو المشهود به فتجوز شهادته بعد العزل بحق آخر .

وتقبل شهادة الوكيل لموكله بغير ما وكل به . واذا كان التوكيل عاماً ينظر فاما ان يكون قد وقع بحضور الحاكم والوكيل قد عزل قبل المخاصمة فله ان يشهد بكل حق ودعوى لموكله واما ان يعزل بعد المخاصمة فلا تقبل شهادته بالدعوى التي خاصم بها فقط واذا كان التوكيل في خارج مجلس الحاكم واثبته الوكيل بالبيئة بحضور الحاكم فلا تقبل شهادته بكل حق لموكله سابق على تاريخ الوكالة او بتاريخها .

مادة ١٧٠٤ [لا تقبل شهادة احد على فعله بناءً عليه لا تعتبر شهادة الوكلاء والدلائل على افعالهم بقولهم كنا بعنا هذا المال] ولا تقبل الشهادة من سلم المال اذا قال انه سلم المال بيده ولا تقبل شهادة الوكيل ولو كان وكيلًا بالنكاح لانه يشهد على فعل نفسه وتقبل شهادة الدلال والممسار اذا لم يقل انه هو الذي سلم المال وكذا شهادة الوكيل بالنكاح فانها تقبل اذا لم يقل الشاهد انه وكيل . وتقبل شهادة قاسم المال وقاسم الترك ولو صرح بفعله

لان الملك لا يثبت بقسمتها ما لم يتراضيا على ذلك او يقترضا (خانية) وتقبل شهادة الشاهد الذي وزن المبلغ المقرض او عده بحضور رب المال ولو صرح بذلك .

[كذلك لا تصح شهادة حاكم منقص عرف بلدة على الحكم الصادر منه قبل العزل واما اذا شهد بعد العزل على اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته] لان شهادة الحاكم على الحكم واقعة على الحكم القولي وهذا لا يجوز اما الشهادة على الاقرار هي شهادة على فعل المقر لا على فعل الحاكم الا ان الشهادة على الاقرار قد منعت والحاكم اذا انفصل ولم يسجل الاقرار كانت شهادته بمثابة شهادة سائر الناس فلا تقبل بدون وثيقة خطية على ما جاء بالمادة ٦٩ من اصول المحاكمات الحقوقية والمادة ٢٤ من اصول المحاكمات الشرعية .

وكما لا تقبل الشهادة على الفعل لا تقبل ايضا على ما هو يحكم الفعل كشهادة الكفلاء على الثمن باصل العقد فاذا قال الشاهد اشهد ان هذا المدعى عليه قد باع هذا المدعى المال الفلاني بمبلغ كذا ينظر فاذا كانت الكفالة واقعة بصلب العقد ترد لان البيع يكون بذلك قد تم بالكفالة فيكون الشاهد بحكم البائع ويكون قد شهد لنفسه واذا كانت الكفالة لم تقع بصلب العقد تقبل .

مادة ١٧٠٥ [يشترط ان يكون الشاهد عدلاً] وقد ورد في الكتاب الكريم واشهدوا ذوى عدل منكم ولان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب فالعدالة ترجح جهة الصدق والفسق ينفيها لان الشاهد اذا كان غير عادل يختار الكذب .

وتقبل شهادة العادل ولو قال اولاً انه لا شهادة له او قال انه شاهد زور لا مكان كونه لما قال هذا الكلام كان غير عالم بالشهادة ثم شهد بها لما عرفها او كان نسيها ثم تذكرها وتقبل شهادة العالم وغير العالم ومعلم الصبيان . [والعدل من تكون حسناته غالبية على سيئاته] وهذا هو من يتوقى من كبائر الذنوب والذي لا يصير على صفائر الذنوب والذي صلاحه اكثر من فسادِه وصوابه اوفر من خطيئاته وقد قال عليه السلام « لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار فالصغيرة الكبيرة بالاصرار عليها » .

ويكتفي للعدالة بان تكون الحسنات اكثر من السيئات لان لا عصمة الا للانبياء فاذا اشترطت العصمة سذب باب الشهادة .

[بناءً عليه لا تقبل شهادة من اعتماد حالاً وحركة تخل بالناموس والمروءة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب] ولا شهادة الذي لا يعرف شرائط الاسلام ولا المتجري على ارتكاب الكبائر وشاربي الخمر والمسكرات ولا شهادة الطفيلي والمغنية والذي يدور في الطرقات بالقميمص واللباس والذي يكشف رأسه في محل لم يعتاد الناس كشف الرأس فيه وآكل الحرام وحالف الايمان الكثيرة صدقاً او كذباً ومن يدخل الحمام بدون قماط ومن عرف بالبخل والناطور والدلاك ومن اعتاد التسائل والملتزمين الذين لا يطلبون الحلال ولا يمتنعون الحرام ولا تقبل شهادة الفاسق خلافاً لابي يوسف . اما الصنائع الدينية فلا تمنع قبول الشهادة لان كثيراً من مناسبي هذه الصنائع يكونون متحليين بحلي الادب والاخلاق وقد ورد في القرآن الكريم « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » .

وكذلك اختلاف التابعة فانها مانعة للشهادة سواء كان الشاهد من تبعة اجنبية والمشهود عليه من تبعة الحكومة الوطنية او كان الشاهد والمشهود عليه من تبعة حكومتين مختلفتين اجنبيتين وتقبل شهادة الاجنبي على الاجنبي اذا كانا من تبعة دولة واحدة .

ولا تقبل شهادة المعروف بالكذب ولو تاب اما الفاسق فنقبل شهادته بعد التوبة وقد قدر الفقهاء هذه المدة بستة اشهر .



الفصل الرابع

في بيان موافقة الشهادة للدعوى

مادة ١٧٠٦ يشترط في حقوق العباد ان تكون الشهادة موافقة للدعوى ومتحدة معها نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعللاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبة بناءً عليه [تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى] ويحكم بها بعد التزكية - [والا فلا] لان الشهادة اذا خالفت الدعوى يكون المدعي كاذباً بدعواه والدعوى الكاذبة ترد ولا تعتبر . ويشترط للشهادة بحقوق الناس سبق الدعوى وقد اعتبر صدق الشهادة دون الدعوى لان الشهود تشترط عدم التهم خلافاً للمدعي والعمل بالاصل بجانب الشهود في امر العدالة لا بجانب المدعي . واذا وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة واعيدت الدعوى والشهادة وتوافقا تقبل ما دام في المحل لم يبرح عنه (تكملة) .

فترد شهادة الشاهد اذا شهد بريالات مجميدة على دعوى الدنانير واذا خالفت الشهادة الدعوى بمقدار المدعى به او بكيفية او اذا وقعت المخالفة بين الشاهد والدعوى في الزمان والمكان او بالفعل والانفعال كمن ادعى على آخر بشق الضرف وشهد الشهود بانشقاقه او بالوصف كمن ادعى عقاراً بالجهة الشرقية وشهد الشهود بالعقار بالجهة الغربية او بالملك كمن ادعى بعد تولد من جارية وشهد له الشهود بانه تولد من جارية غيرها .

[ولكن لا اعتبار باللفظ وتكفي الموافقة معنى مثلاً اذا كان المدعى به وديعة وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالايداع او كان غصباً وشهدت الشهود على اقرار المدعى عليه بالغصب فتقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المديون بانه ادى الدين وشهدت الشهود على ان الدين ابرأ المديون فتقبل شهادتهم] لان الابرأ يحمل على ابراء الاستيفاء .

وكذا اذا ادعى بحق على آخر بحسب كفاله لزيد وشهد الشهود بذلك الحق بحسب كفاله لعمر و تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بالشراء من رجل غير معين وشهد الشهود بالملك المطلق تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك المطلق وشهد الشهود بالملك بالسبب ثم رجع المدعي وادعى بانه يدعى الملك بالسبب المذكور تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعى المديون الابرء وشهد الشهود الصلح عن بعض المال بجنس الدين تقبل شهادتهم لان الصلح عن بعض المال ابراء عن بعض الحق .

وكذا اذا ادعى المديون الابرء وشهد الشهود على الاداء يسأل المديون فاذا قال ان الابرء ابراء استيفاء تقبل الشهادة والا ترد وان لم يبين وسكت لا يجبر على البيان لان البيان يحبي خالص حقه والانسان لا يجبر على احياء خالص حقه وترد الشهادة لانها وقعت باكثر مما ادعاه المدعي لان المدعي ادعى برائة محتملة وهما شهدا ببرائة تكون بالايفاء لا محالة فلا تقبل الا اذا وفق المدعي بين الدعوى والشهادة (ولو الجنية وهندية) .

وتقبل شهادة الشهود اذا ادعى المديون الاداء وشهدوا على الابرء وتقبل الشهادة بالصدقة والتسليم لمن ادعى الهبة والتسليم وتعتبر المخالفة بين الشهادة والدعوى فيما يجب اعتباره اما فيما لا يجب اعتباره كزمان الاقرار ومكانه في الشهادة على الاقرار وفي حال المقر راكباً كان او ماشياً او مكان البيع لا يعتبر الاختلاف اصلاً وتقبل الشهادة . وكذلك الوديعة والقرض فاذا ادعى المدعي القرض او الوديعة في السوق وشهد الشهود في الدار تقبل شهادتهما .

وكذلك ذكر ما لا يجب ذكره من قبل الشهود اذا ذكر وظهر انه غلط لا يمنع الشهادة كقول الشهود ان الدابة المشهود بها مقطشة الا اذان فلا ترد شهادتهما اذا ظهر انها سالمة لان هذه الاشياء لا يحتاج الى اثباتها فذكرها والسكوت عنها سواء (خاتمة) .

ولا تشتط موافقة الشهادة للدعوى في حقوق الله لعدم اشتراط سبق الدعوى في الحقوق المذكورة ولان وجود الدعوى بذلك وعدمها مساوٍ فاذا ادعت الزوجة الطلاق من وكيل وكله زوجها بالطلاق وشهد الشهود بان الطلاق وقع من الزوج تقبل شهادتهم (تكملة) .

وترد الشهادة اذا لم توافق الدعوى لفظاً ومعنى فاذا ادعى المدينون بانه ادى الدين مقسطاً وشهد الشهود بالاداء مطلقاً ترد شهادتهم وكذا اذا ادعى المدعي الشراء على زيد وشهد الشهود بالشراء من وكيل زيد او شهيدا بالبيع من فضولي وباجازة المالك ترد الشهادة (هندية) .

ويجوز للشاهد ان يضيف الى شهادته او ينقص منها قبل خروجه من مجلس الحاكم اذا كان عدلاً ويحكم الحاكم بالشهادة الثانية عند بعض الفقهاء ويحكم بالشهادة الاولى عند الفقهاء الآخرين لان الحاكم مجبور على الحكم بالشهادة الاولى فلا يبطل حق المدعي برجوع الشاهد عنها الا اذا كان ما رجع به الشاهد لا يوجب التهمة كالاشارة الى الخصمين ولفظ الشهادة فان الشاهد اذا تركها ثم ذكرها تقبل شهادته بالانفاق والا فلا لان مهابة المجلس تؤثر به .

مادة ١٧٠٧ [موافقة الشهادة للدعوى اما بصورة مطابقتها لها بالتام او بكون المشهود به اقل من المدعى به] وتسمى الاولى مطابقة بالدلالة والثانية مطابقة بالتضمن وتقبل الشهادة بالاقل من المدعى به ولو لم يوقفها الشاهد لان المقدار الذي شهد به الشاهد داخل تحت الدعوى .

[مثلاً اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين فكما تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنتين كذلك تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنة كذلك اذا ادعى المدعي بالف وشهدت الشهود بخمسائة فتقبل شهادتهم في حق الخمسائة فقط] .

وكذا اذا ادعى المدعي بالف وادعى المدعى عليه اداء خمسمائة وشهد الشهود باداء اربعمائة قرش تقبل شهادتهم بحق الاربعائة .

وكذا اذا ادعى المدعي الف قرشاً وقام شاهدين شهد احدهما على قرض الالف والاخر شهد على القرض والاداء يحكم على المدعى عليه بالالف للنصاب ولا يحكم برد دعوى المدعي لعدم وجود النصاب ولعدم سبق الدعوى بحق الاداء .

وكذا اذا ادعى المدعي بدار وشهد له شاهدان بانها ارث من ابيه له ولاخيه تقبل شهادتهم ويحكم له بها بالاشتراك مع اخيه .

وكذا اذا ادعى المدعي الف قرش قرضاً وشهد الشهود بدفع الف قرش فقط ولم يبينوا الجهة يحكم بالقرض الا اذا ادعى المدعى عليه الامانة او الوديعة يقبل قوله ويكلف المدعي لاثبات القرض .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك الغير المؤرخ وشهد الشهود بالملك المؤرخ تقبل شهادتهم واذا ادعى المدعي الملك المؤرخ وشهد الشهود بالملك غير المؤرخ ترد شهادتهم لان الملك غير المؤرخ هو ملك مطلق واكثر من المؤرخ (هندية) .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك منذ عشر سنوات وشهد الشهود بملكه منذ سنة واحدة يحكم بشهادتهم لان المدعي صدقهما في السنة وادعى الزيادة .

مادة ١٧٠٨ [اذا كان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود فلا تقبل شهادتهم]
واذا ظهر بعد الحكم ان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود يبطل الحكم ولا ينفذ (اقروي) .
ولا تقبل الشهادة على الملك المطلق بدعوى الملك المقيّد ولا تقبل الشهادة في الملك المؤرخ بسبب الشراء اذا ارخ الشهود تاريخاً اقدم من تاريخ المدعي فاذا ادعى الشراء من شهر وشهدوا له من سنة . وكذا اذا ادعى المدعي داراً واستثنى منها غرفة وشهد الشهود بالدار والغرفة وادعى الفاً وبعد الشهادة رجع المدعي وقال انه كان قبض من الالف خمسمائة لا تقبل الشهادة لان قوله كنت قبضت دليل على وقوع القبض قبل الشهادة وهذا يكذب الشهود . [الا ان يكون الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق ويوفق المدعي ايضاً بينهما فيثبت تقبل]
سواء وفق المدعي متصلاً او منفصلاً . وكما لا تقبل هذه الشهادة بدون التوفيق فانها لا تقبل بمجرد امكان التوفيق .

فاذا ادعى المدعي الشراء من شهر وشهد الشاهد له من سنة ثم وفق المدعي بقوله نعم كنت اشتريته من سنة ولكني بعته للبائع واشتريته منه من شهر تقبل بينته وكذا اذا ادعى الدار الا غرفة وشهد الشهود بجميع الدار وقال المدعي نعم كنت املك جميع الدار الا انني بعته منها تلك

الغرفة أخيراً تقبل دعواه ويثبتته . ولا يحتاج التوفيق اثباتاً اذا كان يحصل بفعل المدعي فاذا ادعى الف قرش وشهد الشهود بالف ومائتين ثم قال المدعي نعم كان لي عنده الف ومائتين لكنني قبضت منه المائتين المذكورة او ابرأتها منه لكن شهودي لا يعلمون ذلك يقبل توفيقه بدون اثبات واذا كان التوفيق لا يحصل بفعل المدعي فقط بل يحتاج الاثبات ممن ادعى الملك بسبب الهبة والتسليم وشهدت شهوده له بسبب البيع ووفق بقوله نعم كنت استوهبته من المدعى عليه واستلمته الا انه انكر هبته واسترده مني فاشتريته يقبل توفيقه اذا اثبت البيع بوجه الشرعي .

[مثلاً اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث سنين لا تقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المدعي بخمسائة وشهدت الشهود بالف لا تقبل شهادتهم ولكن اذا وفق بين الشهادة والدعوى بقوله كان لي عليه الف واكن ادى منها خمسمائة وبقيت عليه خمسمائة وليس للشهود علم بذلك فنقبل شهادة الشهود] .

مادة ١٧٠٩ [اذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله هذه البستان ملكي مثلاً وشهدت الشهود بالملك المقيّد بان المدعي اشترى هذا البستان من فلان تقبل شهادتهم] لان الملك المقيّد اقل من الملك المطلق . الا اذا اختلف الشهود بسبب الملك كشهادة اّدهم للمدعي بالارث من ابيه والفاقي بالارث من اخيه فترد شهادتهم لا بسبب مخالفتها للدعوى بل لمخالفتها لبعضها .

[وهو انه اذا شهدت الشهود بالملك المقيّد على ذلك الوجه سأل الحاكم المدعي بقوله أهبذا السبب تدعي الملك ام بسبب آخر فان قال المدعي نعم انا ادعي الملك بهذا السبب قبل الحاكم شهادة الشهود وان قال ادعت بسبب آخر او لا ادعيه بهذا السبب رد الحاكم شهادة اولئك الشهود] . لان المدعي كذب الشهود وفسقهم .

مادة ١٧١٠ [اذا ادعى المدعي في بستان ملكاً مقيداً مثلاً ينظر الى قوله فان قال اشتريته ولم يذكر بائعه او قال اشتريته من احد مبهماً] او قال اشتريته من زيد وكان زيد غير معروف ولم يعرفه المدعي ببيان اسم ابيه وجده او ادعى الشراء مع القبض ولم يبين ممن اشتراه او ادعى النتائج يكون قد ادعى الملك المطلق فاذا [شهدت الشهود على الملك المطلق بقولهم هذا البستان ملكه فتقبل شهادتهم لكون الدعوى في حكم دعوى الملك المطلق] وتقبل شهادة الشهود بالملك المطلق اذا ادعى المدعي الملك نتاجاً [ولكن اذا صرح المدعي بقوله اشتريت من فلان وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم لانه اذا ثبت الملك المطلق فيثبت وقوعه عن اصل ويلزم ان يكون المدعي مالكاً زوائده] المنفصلة والمتصلة [كلزوم كون المدعي مالكاً ثمر البستان الذي حصل قبل مثلاً . ولكن اذا اثبت الملك المقيد فلا يثبت الا من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء وبهذه الجهة يكون الملك المطلق بالنسبة الى الملك المقيد اكثر وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالاكثر فلا تقبل شهادتهم] ولا يملك المشتري زوائد المبيع الا التي حصلت بعد تاريخ البيع .

وتختص احكام هذه المادة بالملك والعين اما الديون فلا فرق بين الملك المطلق والمقيد فيها فاذا ادعى المدعي الدين بسبب القرض وشهدت الشهود بالدين مطلقاً تقبل شهادتهم لان الدين لا يحتمل الزيادة فلا تكون الشهادة بالمطلق اكثر من الشهادة بالمقيد به .

مادة ١٧١١ [لا تقبل الشهادة اذا كانت مخالفة للدعوى بسبب الدين مثلاً اذا ادعى المدعي الفأ على انه ثمن المبيع وشهدت الشهود على المدعى عليه انه مديون بالف من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم] لان الذي يثبت بالشهادة هو غير الحق المدعى به الا اذا كان الشهود لا يعلمون السبب او وجدت مخالفة لا يحتاج اثبات زائدها ونقصها فتقبل

الشهادة مثلاً إذا ادعى المدعي الف قرش فشهد الشهود بقوله ان المدعي اعطى المدعى عليه الف قرش لكنهم لا يعرفون فيما اذا كان قرضاً او غير قرض تقبل شهادتهم .
وكذا اذا ادعى المدعي الف قرش من جهة ثمن المبيع وشهدت الشهود بان المدعى عليه اقر للمدعي بالف قرش من جهة الدين تقبل الشهادة اذا وثقها المدعي بقوله وان كان المدعى عليه اقر بالدين الا ان الدين ناشئ عن ثمن المبيع واذا لم يوفق لا تقبل .

وكذا اذا ادعى المدعي على آخر بقوله لي عند زيد الف قرش من جهة القرض وهذا المدعى عليه كفله فشهدت الشهود على اقرار المدعى عليه بكفالاته بالف قرش بسبب القرض الى عمرو تقبل الشهادة اذا وثقها المشهود له بقوله نعم انه كان اقر بكفالاته الى عمرو لكن الكفالة كانت عن ذمة زيد لان الشهود قد انفقوا بالمعقود فلا يضر اختلافهم بعد ذلك بالسبب واذا قال المدعي ان المدعى عليه لم يقر كما قال الشهود وان المدعى عليه كفيل لدين على زيد ترد الشهادة لانه يكون قد كذب الشهود .

ولا تقبل الشهادة اذا اختلف المدعي والشهود بسبب العقد او الفعل الذي نشأ عنه الدين مثلاً اذا ادعى الفاً من ثمن الدابة المبيعة وشهد الشهود بالالف من ثمن الدار او من قيمة المغضوب الهالك ترد الشهادة (هندية) .

ولا تقبل الشهادة اذا خالفت الدعوى بسبب الملك [فاذا ادعى المدعي بان هذا الملك لي موروث من والدي وشهدت الشهود بانه موروث من امه فلا تقبل شهادتهم] .

وكذا اذا ادعى المدعي النتائج وشهدت الشهود بالشراء ترد الشهادة الا اذا وفق المدعي بقوله نعم هو نتاج لكنني بعته ثم اشتريته واثبت دعواه .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بسبب البيع من المدعى عليه وشهدت الشهود بالهبة والتسليم ترد شهادتهم الا اذا وفق المدعي (هندية) .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بسبب البيع بمقابل دابة وشهدت الشهود بالشراء مطلقاً ترد الشهادة الا اذا وثقها المدعي (هندية) .

وكذا اذا ادعى المدعي الارث وشهدت الشهود بالشراء ترد شهادتهم الا اذا وفق المدعي

بقوله نعم كنت اشتريتها من المدعى عليه ثم بعتهما لوالدي ثم مات وانقلت لي بالارث عنه واثبت هذه الدعوى تقبل دعواه وبينته .

* * *

الفصل الخامس

في بيان اختلاف الشهود

مادة ١٧١٣ يجب في الشهادة مطابقتها لبعضها وإذا اختلفت يكون كل من الشاهدين ادى شهادة غير شهادة الآخر ولا يحصل النصاب بمثل هذه الشهادات . ويشترط للتطابق المطابقة الحقيقية عند الامام وتكفي المطابقة الضمنية عند الامامين فاذا ادعى المدعي بالفى قرش وشهد احد الشهود بالف والثاني بالفين لا تقبل شهادتهما عند الامام وتقبل بالالف عند الامامين لان الالفين تتضمن الالف الا اذا شهد احد الشاهدين بأكثر من الدعوى فترد حينئذ شهادته للزيادة .

فاذا شهد احد الشهود بان زيد وكل عمروأ بدعوى الفرس والدار وشهد الآخر بالوكالة على الدار تقبل الشهادة بالوكالة على الدار فقط عندهما . وكذا اذا شهد احد الشهود بان الوكالة خاصة والآخر شهد بها عامة يحكم بالوكالة الخاصة . وكذا اذا شهد احدهما بان سبب الدين كدالة وقال الآخر انه حوالة يحكم بالحوالة لانها اقل من الكفالة (هندية) . وكذا في الهندية اذا ادعى عشرة ليرات عثمانية ذهب والف قرش فشهد احد الشهود شهادة مطابقة للدعوى وشهد الآخر بالليرات الذهبية فقط يحكم بالليرات لان الشهود قد انفقوا على الاقل وانفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك ثبت فيه المتفق عليه دون ما نفرد به احدهما ولان المدعى لم يكذب احد شاهديه اما اذا كذب المدعى شاهد الزيادة بالرجوع الى الاقل ترد الشهادة .

وكذا اذا ادعى المدعى فرسين فشهد احد الشهود بفرسين والثاني بواحدة او ادعى بالف ليرة انكليزية فشهد احد شهوده بالف ليرة انكليزية والثاني بالف ليرة عثمانية تقبل شهادة الاقل ويحكم بها (هندية) .

وقال الامام الاعظم اذا اختلف الشهود بعدد معطوف على بعضه بأدات العطف تقبل فيه الشهادة على الأقل مثلاً اذا ادعى المدعي بخمس واربعين قرشاً وشهد احد الشهود بخمس واربعين والثاني باربعين يحكم بالاربعين واذا اختلف الشهود بعدد غير معطوف على بعضه بأدات العطف لا تقبل فيه الشهادة على الأقل مثلاً اذا ادعى المدعي باربعين قرشاً وشهد احد الشهود بالاربعين والثاني بعشرين لا تقبل الشهادة .

وقد اختلف الفقهاء بامر ترجيح قول الامام على الامامين بهذه الجهة وكل منهم سلك مسلكاً غير الآخر ورجح غير ما رجحه غيره والمجلة سكنت عن هذه الجهة ولم يعلم منها اي قول قبلت من القولين الا اننا اذا نظرنا الى المادة ١٧٠٧ نرى ان جمعية المجلة قبلت فيها الاتفاق ولم تبنيها على قول الامامين لكننا اذا قلنا ان المطابقة بين الشهادة والدعوى هي غير المطابقة بين الشهادتين فاذا ادعى المدعي الغصب او القتل وشهد الشهود على الاقرار بالقتل او الغصب تقبل شهادتهما ولا تقبل اذا اختلفا فشهد احدهما على الاقرار بالغصب والثاني على قتل الغصب . ويشترط التطابق بالشهود به لا بلفظ الشهادة فلا يشترط على الشاهدين ان يقولوا قولاً واحداً بل تكفي المرادفة في قولهما واذا اختلفا فيما لا يجب ذكره وبيانه لا تؤثر بالشهادة . فنقبل شهادة الشاهدين اذا شهد احدهما بالهبة والتسليم والثاني بالهدية والتسليم لانها الفاظ مترادفة .

وكذا اذا ادعى المدعي الابراء من الدين وشهد احد الشاهدين بالابراء وشهد الثاني بالهبة او التصديق تقبل شهادتهم لان هبة الدين للمدين ابراء ولا تقبل الشهادة اذا ادعى المدعي الاداء وشهد احدهما بالاداء او على الاقرار بالاستيناء والثاني بالهبة .

وفي الهندية تقبل شهادة الشاهدين اذا شهدا بالابراء وقال احدهما ان المشهود عليه كان حين الابراء راكباً فرساً وقال الثاني انه كان راكباً بغلاً او قال احدهما انه كان لابساً لباساً ابيض والثاني قال انه كان لابساً لباساً اسود .

وفي الواحلية اذا ادعى الصغير صدور الاذن له من من وليه وشهد احد الشهود بانه اذنه بتجارة الخبطة وشهد الثاني بانه اذنه بتجارة الشعير تقبل شهادتهم لان القصد من الشهادة هي الاذن وهذا قد تحقق بالشهادة .

[واذا اختلف الشهود في المشهود به لا تقبل شهادتهم] .

وهذا الاختلاف يكون على سبعة انواع : النوع الاول اختلافهم في الجنس وهو مانع لقبول الشهادة [مثلاً لو شهد احد الشهود بالف قرش ذهباً والآخر بالف فضة لا تقبل شهادتهما] . سواء ادعى المدعي فضة او ذهباً لانه ايها ادعى يكون كذب بدعواه احد شاهديه (هندية) . وكذا اذا ادعى المدعي ديناً من جهة الحوالة فشهد احد الشهود بالفضة وشهد الثاني بالذهب ترد شهادتهما .

النوع الثاني الاختلاف بسبب المشهود به وهذا ايضاً يمنع قبول الشهادة سواء كانت الشهادة بالعين كمن ادعى داراً وشهد احد الشهود بالملك بسبب الارث والثاني بسبب الشراء او كانت الشهادة بالدين كمن ادعى ديناً وشهد له احد الشهود بالدين بسبب القرض والآخر بسبب الامانة او شهد له احدهما بسبب القرض والثاني بئمن المبيع فلا تقبل شهادتهما . وكذا اذا شهد احد الشهود على الاقرار بالاستيفاء والثاني بالابراء عن الدين لا تقبل شهادتهما .

النوع الثالث الاختلاف بالملك او بالاقرار فهذا ايضاً مانع لقبول الشهادة فاذا شهد احد الشهود بملك المشهود له وشهد الآخر بان المشهود عليه اقر له به ترد شهادتهما . يستثنى من ذلك اربعة احوال :

الاول اذا ادعى المدعي ديناً وشهد احد الشاهدين بان المدعى عليه اقر بالمبلغ للمدعي من جهة القرض وشهد الثاني على اقرار المدعى عليه بالمبلغ من جهة الوديعة تقبل شهادتهما لانها اجمعا على اقراره انه وصل اليه عشرة دراهم من قبل المدعي وقد جحد الوديعة فكان ضامناً (خانية) .
الثاني اذا ادعى المدعي مالاً من ذي اليد وشهد احد الشهود بان المدعى عليه اقر للمدعي بالغصب والثاني شهد على اقراره بالايداع وقال المدعي بعد ذلك نعم ان المدعى عليه قد اقر كما قال الشهود لكنه كان غصب مني المدعى به تقبل شهادتهما ويعد المدعى عليه غاصباً للمال من المدعي .

الثالث اذا ادعى المدعي القرض وشهد احد الشهود على القرض والثاني على الاقرار بالقرض تقبل شهادتهما .

الرابع اذا ادعى المدعي بعشر ليرات وشهد احد الشهود بعشر ليرات وشهد الثاني على اقراره بالعشر ليرات تقبل شهادتهما .

النوع الرابع اختلاف الشهود بالمشهود به من حيث البتات او الاقرار مانع لقبول الشهادة فاذا شهد الشهود بان قيمة المال المغضوب عشرة ليرات وشهد الآخر بان ادعى عليه اقر بان قيمة المغضوب عشرة ليرات ترد شهادتهما لان البتات غير الاقرار .

وكذا اذا شهد احد الشاهدين بان المدعي اخذ المبيع وفيه عيب كذا وشهد الآخر بان البائع اقر بان المشتري اخذ المبيع وفيه عيب كذا ترد شهادتهما لان المقصود منها هو اثبات العيب القديم .

النوع الخامس الاختلاف بالشهود به بكونه فعلاً او قولاً موجب لرد الشهادة فاذا شهد احد الشهود بالغصب والآخر بالاقرار بالغصب . او اذا شهد احد الشهود بان الولي اذن الصغير بالتجارة وشهد الآخر بكونه رآه يبيع ويشترى وسكت رد الشهادة .

وكذا اذا شهد احد الشهود بان الدائن اقرض المديون وشهد الآخر بان المديون اقر بالاستقراض ترد شهادتهما . وتقبل الشهادة اذا نال احد الشهود بان المدعي عند المدعي عليه كذا مبلغ ديناً عليه وشهد الآخر على اقرار المدعي عليه بالدين تقبل الشهادة لان الاولى ليست بشهادة على الفعل .

وفي الهندية لا تقبل الشهادة اذا شهد احد الشاهدين على الرهن والقبض والثاني على اقرار الراهن بالرهن والقبض لان الرهن وان كان من الاقوال الا انه يتوقف على القبض والقبض فعل والاقرار به قول وتقبل شهادتهما اذا شهدا على الاقرار بالرهن والقبض .

وكذا في الهندية اذا ادعى المدعي الاداء وشهد احد الشهود بالاداء والثاني على اقرار المدعي عليه بالاداء ترد الشهادة .

استثناء : - تقبل الشهادة اذا اتحد القول والفعل فاذا ادعى المدعي بان المدعي عليه باعه المال بيعاً باتاً او وفاءً وشهد احد الشهود على البيع والثاني على اقرار المدعي عليه بالبيع تقبل شهادتهما لان لفظ البيع والاقرار به متحدان .

النوع السادس اذا كان المشهود به فعلين مختلفين ترد الشهادة فاذا شهد احد الشهود بان اولي

رأى الصغير وهو يبيع الخنطة وسكت ولم ينهه وشهد الآخر بأنه رآه وهو يبيع الشعير وسكت ولم ينهه ترد شهادتهما لانهما فعلا مختلفان .

النوع السابع اذا اختلفا بالملك المؤرخ وغير المؤرخ فاذا ادعى المدعي بالملك المؤرخ وشهد احد الشهود بالملك المؤرخ والآخر بالملك غير المؤرخ ترد شهادتهما واذا ادعى المدعي بالملك غير المؤرخ واختلف الشهود بالتاريخ وعدمه تقبل شهادتهما ويحكم بالملك المؤرخ لانه اقل من غير المؤرخ .

النوع الثامن اذا اختلفا بالملك المطلق والمقيد . فاذا ادعى المدعي الملك المقيد وشهد احد الشهود بالملك المطلق والآخر بالملك المقيد ترد الشهادة اما اذا ادعى المدعي الملك المطلق وشهد احد الشهود بالملك المطلق والآخر بالملك المقيد تقبل الشهادة ويحكم بالملك المقيد .

مادة ١٧١٤ [اذا اوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالشهود به الاختلاف في المشهود به فلا تقبل شهادتهم والا تقبل بناءً عليه اذا شهد احد الشهود بالفعل في زمان معين او مكان معين وشهد الآخر بالفعل في زمان آخر او مكان آخر في الخصوصات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وايفاء الدين فلا تقبل شهادتهما لان اختلافهما هذا موجباً للاختلاف في المشهود به] لان الفعل في زمان ومكان هو غير الفعل في زمان ومكان آخر .

وكذا اختلافهما بالزمان والمكان في الجناية والقتل وقبض المبيع وتسليم الثمن مانع لقبول الشهادة لانها افعال واختلافهما بزمان النكاح ومكانه مانع ايضاً لقبول الشهادة لان النكاح قول ملحق بالافعال وان النكاح قول يشترط الفعل لصحته .

واذا شهد احد الشهود بكون فعل الغصب وقع بشهر رمضان والثاني شهد بكون فعل الغصب وقع بشوال ترد الشهادة لان في الغصب الاول تجب قيمة المغصوب في رمضان وفي الثاني تجب قيمته في شوال ولا يمكن اعادة المذنب للغاصب بربضان وغصبه منه في شوال .

[واما اختلاف الشهود في الزمان والمكان في الخصوصات التي هي من قبيل

القول كالبيع والشراء والاجارة والكفالة والحالة والهبة والرهن والدين والقرض والابراء والوصية [والوكالة والافرار والطلاق والعناق والقذف] فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم لانه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به [لان القول لا يتقيد في الزمان والمكان فنقبل الشهادة اذا شهد احد الشهود بالبيع في شهر رمضان والثاني بشهر شوال] .

[مثلاً اذا ادعى احد بانه كان قد ادى دينه وشهد احد الشهود بانه اداه في بيته والاخر شهد بانه اداه في حانوته لا تقبل شهادتهما] وكذا الحكم بالاختلاف في الزمان . وكذا اذا شهد احد الشهود بان القاتل قتل المقتول بالخنجر والثاني بالسيف ترد شهادتهما . [واما اذا ادعى احد المال الذي في يد الآخر بقوله كنت بعته هذا المال بكذا دراهم فسلمتني اياه وشهد احد الشهود بانه باعه اياه في الدار الفلانية وشهد الآخر بانه باعه اياه في الحانوت الفلاني فنقبل شهادتهما] اذا عيناً ثمتاً للبيع لان الشهادة بالشراء تحتاج لبیان الثمن لعدم صحة الحكم في الشراء بدون الثمن .

وكذا اذا ادعى المدعي مالاً من ذي يد فشهد احد الشهود بان المدعى به للمدعي وشهد الثاني بان المدعى عليه اقر بان المدعى به المدعي فقبل شهادتهما [لان الفعل لا يكرر ولا يعاد] واذا تكرر فالفعل المتكرر هو غير الفعل الاول فالغصب مثلاً اذا وقع بزمان ومكان يعتبر فيه الرد والتضمن بالنسبة للمكان وبالنسبة لقيمته في زمان الغصب والاختلاف بذلك بين الزمانين والمكانين ظاهر . [ولكن القول يمكن ان يكرر ويعاد] ويمكن لاحد الشاهدين ان يسمع القول الاول والثاني ان يسمع القول الثاني .

وقد ذكرت كلمة القول مطلقة في هذه المادة ويسفاد من ذكرها على هذا الوجه ان ثبوت حكم العقد المشهود به ولو كان يتوقف على فعل القبض فقبل شهادة الشهود ولو شهدا بزمانين ومكانين مختلفين مثلاً اذا شهد احد الشاهدين بقوله اشهد ان هذا الرجل وهب او تصدق او اقرض او

رهن وسلم المال الفلاني الى فلان في دمشق وقال الشاهد الثاني بانه وهب او تصدق او اقرض او رهن وسلم في بيروت تقبل الشهادة لان القبض بعضاً يكون اكثر من مرة الا اذا اختلف الشهود بالزمان اختلافاً فاحشاً بان قال احدهما ست سنين فاكثروا وقال الثاني ثلاث سنوات فاقبل ترد شهادتهما (فنية) وفي البحر اذا شهد احد الشهود بان زيدا طلق زوجته يوم عيد الاضحى في البصرة وقال الثاني انه طلقها بانه طلقها يوم عيد الاضحى بدمشق ترد شهادتهما لعدم امكان وجود الرجل في البصرة وفي دمشق في وقت واحد .

مادة ١٧١٤ [اذا اختلف الشهود في لون المال المصوب او في كونه ذكراً او انثى فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احد الشهود في حق الدابة المفصوبة بكونها شهباء وشهد الآخر بكونها سوداء او حمراء او شهد احدهما بكونها ذكراً وشهد الآخر بكونها انثى فلا تقبل شهادتهما] . لان الالوان المختلفة والذكورة والانوثة لا يجتمعوا في الشيء الواحد في وقت واحد والشاهد مكلف ببيان الذكورة والانوثة في الشهادة لان القيمة تختلف باختلافها خلافاً للون فان الشهود لا يكفون ببيانه والاختلاف فيه لا يجعل اختلافاً بالمنافع اذ الاختلاف بالذكورة والانوثة فاحش والاختلاف في اللون ليس بفاحش .

مادة ١٧١٥ [اذا اختلفت الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد] كالبيع والاجارة والرهن والصلح عن دم العمد والنكاح او اختلفوا بجنس البدل او اختلفوا بمنفعة المأجور او اختلفوا بنوع العمل باجارة الادمي او لم يسمي الشهود الثمن بدعوى العقد [فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احدهما بان المال بيع بخمسمائة والآخر شهد بانه بيع بثلاثمائة فلا تقبل شهادتهما] . لان البيع بالثلاثمائة هو غير البيع بالخمسمائة فلم يحصل نصاب في الشهادة على ان البيع يختلف في العقد باختلاف الثمن الذي هو من اركان البيع . وكذا الاختلاف بجنس الثمن مانع للشهادة فاذا قال احد الشهود باعه بخمسمائة قرش ذهباً وقال الثاني فضة ترد شهادتهم لعدم امكان وقوع البيع لواحد بثمانين مختلفين .

وكذا الخلاف يبذل الاجارة قبل استيفاء المنفعة فانه مانع لقبول الشهادة لان المؤجر لا يستحق الاجرة قبل استيفاء المنفعة فالقصد من الدعوى به هو اثبات العقد لا اثبات البذل سواء كان المدعي مؤجراً او مستأجراً واذا كان المأجور قد سلم للمستأجر ثقبيل الشهادة ولو مختلفة بشرط ان تكون مطابقة للدعوى او اقل منها فاذا ادعى المدعي بعد تسلم المأجور بالف قرش بدل ايجار وشهد احد الشهود بالف والثاني بتسعمائة ثقبيل شهادتهما ويجزم بالتسعمائة لان القصد من هذه الشهادة هو اثبات الدين لا اثبات العقد .

وكذلك اختلاف الشهود بمنفعة المأجور كقول احدهم استأجر الدابة لركوبه وقول الثاني للتحميل فانه مانع لقبول الشهادة (هندية) =

وكذلك اختلاف الشهود ببذل الرهن فانه مانع لقبول الشهادة سواء شهدوا بالاقل او بالاكثر لان قصد الراهن من الدعوى هو اثبات عقد الرهن لا اثبات الدين ولا رفع يد الدائن عن المرهون لان الراهن لا يستحق استرداد المرهون مع بقاء الدين والرهن غير لازم بالنسبة للمرتهن فلا يمكن الزامه فيه . اما اذا كان المدعي هو المرتهن فتكون الدعوى منه كدعوى الدين ولو كانت الدعوى تتضمن الاسترداد مثلاً اذا ادعى المرتهن بان الراهن استدان منه الف قرش ورهن عنده فرساً ثم اخذها بدون وجه شرعي وطلب استردادها فشهد احد الشهود بان مقدار القرض هو الف وشهد الثاني بانه خمسمائة يحكم بالاقل (هندية) ويجب بيان مقدار الدين في الشهادة على الرهن كما يجب بيان مقدار السبب في الشهادة على البيع الا اذا كانت الشهادة تتضمن اقرار البائع بالبيع وقبض الثمن مثلاً ادعى الورثة بان الفرس التي بيد والدتهن لمورثهم وان لهم حصة ارثية فيها فادعت الزوجة بان المورث كان باعها اياها حال حياته بمبلغ كذا قبضه فشهد الشهود على اقرار المتوفي بانه باعها الفرس واستوفى الثمن ثقبيل شهادتهم ولو لم يذكر مقدار الثمن =

ويقصد من عبارة (دعوى العقد) المذكورة في هذه المادة هو الاحتراز من دعوى الدين لان دعوى الدين يثبت فيها الاقل بافادة الشاهدين .



لاحقة

في حق الشهادة على الشهادة وتضمن اربعة ابحاث وخاتمة

المبحث الاول

في بيان سبب تجويز الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جوزت استحساناً لان الشهادة على الشاهد هي عبادة بدنية فلا تجري فيها النيابة فالقياس عدم جواز تحميلها وهي ليست بحق المشهود له فلا تجري فيها الخصومة ولا يجبر الشاهد على اداء الشهادة ولان احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة اكثر منه في الشهادة لان الكذب محتمل في الشهادة على الشهادة في الاصل وفي الفرع . وبما ان اصل الشهود يمكن ان يعجزوا عن اداء الشهادة بسبب السفر او المرض او يتوفوا فقد جوزت الشهادة على الشهادة استحساناً لضرورة ولان الضرورات تقدر بقدرها .

المبحث الثاني

في بيان شروط الشهادة على الشهادة وجوداً وعدمًا

يشترط لقبول الشهادة على الشهادة وجود العذر الذي يمنع الشاهد من الذهاب لمجلس الحاكم وقت اداء الشهادة لان الشهادة فرض على الاصل والفرض لا يسقط الا بالعجز ولان الشهادة على الشهادة جوزت للضرورة والضرورة لا تتحقق الا عند المانع . اما الاعتذار فهي :

(١) المرض الذي يمنع الشاهد الاصل من الذهاب لمجلس الحاكم

(٢) مسافة السفر البعيد وهي مسافة السفر المعروفة عند الفقهاء والمسافة التي تمنع الشاهد من الخروج من داره والذهاب الى مجلس الحاكم واداء الشهادة والرجوع الى داره في يوم واحد عند ابي يوسف وعليها الفتوى .

(٣) كون الشاهد الاصل محبوباً من قبل اولي الامر فيما اذا كان الحابس يمنع الشاهد من اداء الشهادة في مجلس الحاكم .

(٤) كون الشهادة من المخدرات ولو كانت تخرج من دارها للاستحمام وتسوية شئونها .
 ويشترط لصحة الشهادة على الشهادة ان يحمل الاصل الفرع الشهادة وان يقبلها الفرع او ان
 يسكت لان التحميل اناية والاناية لا تكون بدون القبول الصريح او الضمني وكما يرد تحميل
 الشهادة يرد الفرع فان من لم يحمل الشهادة اذا سمع تحميلها من غيره وشهد لا تقبل شهادته .
 يستثنى من ذلك الشهادة على الشهادة من شاهدين سمعا شهادة الشاهد بحضور الحاكم وشهدا
 على شهادته فان ذلك جائز لانها في الحقيقة شهادة على مضمون الاعلام . ويشترط على الفرع حين
 اداء الشهادة ان يذكر بشهادته كون الاصل قد حمل هذه الشهادة وان يقع التحميل بغير
 الحدود والقصاص لان التحميل يتضمن شبهة البدل والحدود تدرأ بالشبهات .
 ويشترط ايضاً ان يكون الفرع عن كل اصل نصاب سواء كان الاصل ذكراً او انثى
 للاجماع ويجب تغاير الاصلية والفرعية فلا يجوز لاحد شاهدي الاصل ان يكون من جملة
 شهود فرع الشاهد الآخر لانه اذا قبلت هذه الشهادة يكون الشاهد الذي شهد اصاله وفرعاً قد
 تحمل ثلاثة ارباع الشهادة وهذا لا يجوز .

ويشترط ايضاً دوام اهلية شاهد الاصل قبل الاداء ولو بعد التحميل فاذا طرأ العمى او
 الفسق او الخرس على شاهد الاصل قبل ادائها من الفرع تبطل الشهادة . ولا يشترط تغاير
 فروع شهادة كل اصل من الشهود بناءً عليه يجوز لشاهدي الفرع ان يحملوا الشهادة من شاهدي
 الاصل لان كل شهادة من شهادة شاهدي الاصل مشهود بها مستقلاً ولا يشترط اتحاد الشهود
 اصلاً او فرعاً بناءً عليه كما تجوز شهادة الاصل في الدعوى تجوز شهادة الفرع وشهادة شاهد
 الاصل وشاهدي فرع .

واعلم بان الشهادة على الشهادة لا تقيد بدرجة من الدرجات فكما يجوز لشاهد الفرع ان يشهد
 شهادة تحملها يجوز له تحميل شهادته الى غيره وهكذا وتكرر التحميل ولا يكلف شاهد
 الفرع بمعرفة المشهود عليه انما في مثل هذه الاحوال يجب على المدعي ان يثبت كون المدعى عليه
 هو نفس المشهود عليه .

وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب يعني فيجوز ان يكون الاب شاهد اصل والابن شاهد
 فرع عن ابيه ولا تجوز شهادة الابن على حكم ابيه .

المبحث الثالث

في بطلان الشهادة على الشهادة

تبطل الشهادة على الشهادة (١) بمنع شاهد الاصل شاهد الفرع من الشهادة (٢) خروج شاهد الاصل من اهلية الشهادة قبل ادائها من الفرع (٣) قول الاصل انه اخطأ في الشهادة (٤) انكار الاصل الشهادة كقوله لا شهادة لي في هذه الحادثة وموته او غيبوبته (٥) حضور شهود الاصل قبل الحكم بشهادة الفرع .

المبحث الرابع

في كيفية تحميل الشهادة على الشهادة وصورة ادائها

يجب على شاهد الاصل ان يقول حين التحميل اشهد ان فلاناً بن فلان بن قد امنقرض امامي من فلان بن فلان بن فلان مبلغ كذا فاشهد انت على شهادتي هذه .
وكما يجب على شهود الفرع ان يسموا اسماء آباء واجداد شهود الاصل يجب على الحاكم ايضاً ان يركي شهود الاصل والفرع التزكية السرية والعلنية .



الفصل السادس

في بيان تزكية الشهود

اجمع الفقهاء على لزوم تزكية الشهود اذا طعن الخصم بهم واختلفوا بلزوم التزكية وعدم لزومها عند عدم الطعن فقال الامام الاعظم بعدم التزكية وقال الامامان بوجوبها لان القضاء بني على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق فوجبت صيانة للقضاء عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان . وسبب هذا الخلاف هو فساد الاخلاق الذي كان موجوداً في زمن الامامين اكثر منه في زمن الامام الاعظم لذلك فهذا الخلاف هو اختلاف زماني لا يروائي .

مادة ١٧١٦ [اذا شهد الشهود] في حضور الحاكم [سأل الحاكم المشهود عليه بقوله ما نقول في شهادة هذين أهما صادقان ام لا] كي يتحقق سبب الحكم لان المشهود عليه اذا اقر بصدقهما كان سبب الحكم الاقرار واذا انكر صدقهما كان سبب حكمه الشهادة بعد التزكية كما سيتضح ذلك من الفقرات الآتية .

[فان قال المشهود عليه هما عدلان او صادقان في شهادتهما] او احدهما عادل وصادق بشهادته [يكون قد اقر بالمدعى به ويحكم باقراره] لا بالبينه لان البينة تقام ويحكم بها على المنكر لا على المقر واذا اجتمع الاقرار والبينه حكم بالاقرار لان الاقرار وان كان حجة قاصرة الا انه لا يحتاج الى حكم الحاكم ولان كذب الاقرار ممنوع عادة خلافاً للبينه . ويجب لهذا الاقرار ان يقع قبل الشهادة لا بعدها فاذا قال المدعى عليه انا راض بما يشهد به هذان الشاهدان لانهما صادقان بشهادتهما لا يكون قد اقر بالمدعى به ولا يمتنع عليه رد الشهادة وجرحها لان كلامه هذا فيه تعليق لزوم الحق بالشهادة والالزامات لا يصح تعليقها بالشرط . ولان التعديل قبل الشهادة ليس باقرار لا يمكن تأويل الجرح بعد هذا التعديل اذ ان المشهود عليه يقدر ان يقول كان الشاهد عادلاً ثم تبدل حاله .

[وان قال هما شاهدا زور او هما عدلان ولكن اخطأ في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم ويحقق عدالة الشهود وعدمها سرّاً وعلناً] لان الشاهد انسان ويمكن صدور النسيان والزهل منه مع العدالة ولا يعزر المشهود عليه لقوله ان الشاهد شاهد زور ويعزر اذا شتم الشاهد او قدح به او ذمه لان قوله هذا وقع بحضور الحاكم على وجه الدعوى .

ولا يكون المدعى عليه اقر بالمدعى به ولو قال ان الشاهدين عادلان خلافاً للتزكية فانه يكفي فيها قول المزكي بان الشاهد عادل لان المدعى عليه بانكاره المدعى به وكذبه صار ظالماً والعدالة لا تكون من ظالم .

قلنا ان التزكية عند عدم الطعن ايضاً شرط عند الامامين خلافاً لابي حنيفة فانه يرى ان ظاهر العدالة يحصل به العذر الواجب للاحتياج بالشهادة استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف) فلا لزوم عنده للسؤال عن عدالة الشاهد لا من المدعي ولا من سواه لا سرّاً ولا علانية ما لم يطعن الخصم فيه من نفسه او يكون الحق المشهود به مما يدرأ بالشبهات كالحدود لان الطعن يضعف رجحان الصدق وبالسؤال يتضح الحال كما قلنا ولان الحدود تدرأ بالشبهات . وقال الامامان والشافعي لا بد من السؤال عن عدالة الشهود استدلالاً بقوله (صلعم) (خيركم قوفي ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفسو الكذب وتكثر الفتن) .

وقد قسمت التزكية الى سرية وعلنية لان كثيراً ما يخاف المزكي النشئة فلا يقدر على الطعن بالشاهد علناً والتزكية العلنية نفي تهمة شبهة تعديل غير الشاهد من القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافق في الاسم .

مادة ١٧١٧ [تزكي الشهود سرّاً وعلناً من الجانب الذي ينسبون اليه يعني ان كانوا من طلبة العلوم يزكون من مدرس المدرسة التي يسكنون فيها ومن اهاليها المعتمدة وان كانوا من العسكرية فمن ضباط وكتاب طاوورهم وان كانوا من الكتبة

فمن ضباط قلمهم والخلفاء رفقائهم وان كانوا من التجار فمن معتبري التجار وان كانوا من الاصناف فمن كتحذائهم ورؤساء لجناتهم وان كانوا من سائر الصنوف فمن معتمد وموئمن اهالي محلتهم او قريتهم [وكانوا قديماً يقتصرون على تزكية العلن وقد عدلوا عنها في عصر الاربعائة الى تزكية السر عما عساه يقع من الطعن وعدم التعديل وقد قال محمد بن التزكية العلانية بلاء وفنسة ولا وجه للجمع بين التزكيتين سوى مجرد الاحتياط والتعامل الغير المطرد في جميع الحوادث لان الاخبار عن وجود العدالة نوع من الاخبار عن امور الديانة فيكفي فيه الواحد العدل ولو كان من النساء ولو قيل بتفويض الحاكم لاختار اي الطريقين النسب على الخصمين والشهود والحادثة والمحيط لكان ذلك النسب اما كون المزي من الجهة المنسوب اليها الشاهد فلان ذلك اقرب الطرق للوصول لحقيقة حاشم وهذا مقيد بعدم وجود عداوة بين الشاهد والمزي ويشترط في المزي ان يكون كثير الاختلاط بالناس ؛ عدلاً ، عالماً بمواضع الجرح والتعديل من الاوصاف والخصال وليس فقيراً وطماعاً وقال بعضهم يجب ان يكون خارجاً عن الشاهدين لان تزكية احدهما الآخر فيه تهمة التوسل لجعل شهادة المزي مقبولة . وتجوز التزكية من المرأة الكثيرة الاختلاط لان التزكية من الامور الدينية ولا فرق فيها بين الرجل والمرأة واذا كان الشاهد غرباً يسأله الحاكم عمن يعرفه في المدينة ويزكي منه ان كان معروفاً بالعدالة .

ويجوز للحاكم ان يزكي الشهود من مترك واحد استثناء اذا انفق المدعي والمدعى عليه على تزكية الشاهد منه لان اشتراط العدد في التزكية تكون عند عدم رضا المتداعين اما وقد رضا زال اشتراط العدد .

مادة ١٧١٨ [التزكية في السر تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء وهو ان يكتب الحاكم في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم واشكالهم ومحلاتهم واسماء آبائهم واجدادهم وان يحرر اسمائهم وشهرتهم فقط ان كانوا مشهورين والحاصل ان يعرفهم وبيئتهم بوجه يميزون به عن

غيرهم وبعد وضعها في ظرف والختم عليه يرسلها الى الذين انتخبوا للتزكية ثم عند ورودها يفتحها المزكون ويقرأونها فان كانت الشهود المحررة اسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل واحد منهم عدل ومقبول الشهادة وان لم يكونوا عدولاً كتبوا ليسوا بعدول وامضوا بدون ان يوقفوا على مضمونها من اتى بالمستورة ولا غيره وختموا فوق الظرف واعادوها الى الحاكم] . وقد سميت مستورة لانها تستر عن اعين الناس وقد احدثها القاضي شريح الذي اشتهر بعدالته واصابة رأيه في الحكم .

وتعرف العدالة بغلبة الحسنات على السيئات في المسلم وفي الذمي بأمانته على دينه ولسانه وبده لان الذمي اذا اتصف بهذه الصفات لا يكذب . وقول المادة (كتبوا تحت اسم كل واحد منهم عدل ومقبول الشهادة) اصرح عبارة في التزكية اما لو كتب المزكي هو عدل بدون التصريح بكونه مقبول الشهادة فقال فريق بانه تعديل وقال فريق آخر لا يعد تعديلاً لان الشاهد قد يكون عدلاً ولا تقبل شهادته كالمحدود بالقذف بعد التوبة والعبد اما لو قال هو مقبول الشهادة فقط بدون التصريح بالعدل فقد وقع التردد بالتزكية فاذا كان المزكي ممن يعلم اوصاف مقبول الشهادة كان تعديلاً والا فلا .

مادة ١٧١٩ [اذا اعيدت المستورة مخنومة الى الحاكم ولم يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود انهم عدول ومقبولوا الشهادة بل كتبوا كلاماً يفيد الجرح صراحة او دلالة بان كتبوا فيها ليسوا بعدول او لم نعملهم او مجهولوا الاحوال او الله اعلم او لم يكتبوا شيئاً فحينئذ لا يقبل الحاكم شهادتهم] ولا يذكهم بالعلانية لعدم الفائدة من التزكية الثانية بعد الجرح صراحة او دلالة ولا يحكم بكون الشاهد شاهد زور بناءً على عدم التزكية ولا يعزر . وقد اعتبر السكوت جرح لان المزكي لو كان يعلم عدالة الشاهد لزكاه . وعلى المزكي ان لا يكتب في المستورة ما يوجب هتك عرض الشاهد ولو كان يعلم عدم عدالته ويمكنه ان يكتبني باعادة المستورة بهضاء او ان يقول فيها الله اعلم باحواله وقد ورد سيف

القرآن الكريم ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم) و (ويل اسكل همزة لزه) .

وفي الهندية يجوز المدعي ان يطلب من الحاكم تزكية شهوده من غير المزكين بداعي انهم لا يعرفون احوالهم وللحاكم ان يعرض اسمائهم على من يقول من الثقة فان زكواهم استفسر من الجارحين فان ابانوا سبباً يوجب الجرح ردت شهادة الشهود لان الجرح المعلوم السبب مقدم على التعديل وان ابانوا سبباً لا يصلح له قبل شهادتهم . انما هذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه على ما ارى لان المانع والمقتضي اذا اجتماعا يرجح المانع في كل الاحوال ولان العادة جرت في جميع المحاكم عدم التزكية بعد الجرح ولورود هذه المادة مطلقة بالجرح والمطلق يجري على اطلاقه .

[وان كان كتب فيها عدول ومقبولوا الشهادة يبادر الحاكم في المرتبة الثانية الى التزكية علناً] .

وفي الهندية اذا كان المزكي يعلم عدالة الشاهد وبطلان الدعوى يكتب ذلك في ذيل المسنورة وعلى الحاكم ان يحقق فيما كتب واذا وجده حقاً رد الشهادة والا قبلها .

مادة ١٧٢٠ [التزكية علناً تجري بالوجه الآتي وهو ان يجلب المزكوت الى حضور الحاكم حال كون المترافعين حاضرين وتزكي الشهود او ترسل الشهود والمترافعون مع نائب التزكية الى محل المزكين وتزكي الشهود علناً] ويقبل نائب التزكية ان كان واحداً عند الشيخين ولا بد من النصاب عند الامام الثالث انما يفهم من اطلاق هذه المادة انها قبلت قولها .

وفي التكملة يجوز لمزكي السر ان يزكي بالعلانية خلافاً للخصاف فانه قال بوجوب اجراء التزكية العلانية من غير مزكي السر . ويجب على المزكي ان يكون واقفاً على احوال الشاهد تمام الوقوف وفي رواية عن الامام الثالث انه قال لا اقدر على تزكية جميع من عرفتهم . فيجب للتزكية ان تكون الشهادة لدى الحاكم وان يكون المزكي قد عامل الشاهد بالدرهم والدينار وعرفه في السفر والحضر وان يكون مؤدياً للامانة وصدوق اللسان ومجنباً للكبر والجب

على الحاكم ان يحنار للتزكية من اشتهروا بالمتانة في الدين والامانة والصدق والجرأة على قول الحق من دون خجل ولا وجل .

مادة ١٧٢١ [ينبغي ان يكون المزي في التزكية سرّاً اثنين رعاية الاحتياط وان كان كافياً فيها مذك واحد] عند الشينين ومالك لان التزكية من باب الاخبار في علم الاصول والخبر اذا كان متعلقاً بحقوق الله يكفي فيه الواحد العدل ولو كان امرأة او مردود الشهادة بحد في قذف او عبداً درر . ونقبل تزكية من لا نقبل شهادته فنقبل تزكية الاصول والفروع والصبي المميز والاعمى واحد الزوجين للزوج الآخر سرّاً . ولا يشترط في التزكية السرية لفظ الشهادة ومجلس القاضي اما الامام الثالث والشافعي واحمد - باحدى روايتيه - فقد قالوا بلزوم التزكية السرية من اثنين .

مادة ١٧٢٢ [التزكية العلنية من قبيل الشهادة ويعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم المزيكين ذكر لفظ الشهادة] لان صحة الشهادة تبنى على التزكية ولذلك يشترط فيها شروطها ويجب ان يكون المزي بالعلانية عدلاً بالفاً عاقلاً حراً بصيراً وغير محدود بقذف .

مادة ١٧٢٣ [لا يشتغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده اذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك الحاكم ان لم يمض عليها ستة اشهر] عند ابي يوسف [وان كان مضى عليها ستة اشهر زكاهم الحاكم مرة اخرى] لان العدالة من الملكات الراسخة كالعلم والشجاعة والكرم فلا تزول ولا تنقلب لاضدادها حالاً لذلك ارى ان الستة اشهر لا تكفي لزوال عدالة الشهود على نحو ما ورد في هذه المادة .

مادة ١٧٢٤ [اذا طعن المشهود عليه قبل التزكية او بعدها في الشهود باسناد شيء مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم او جر مغنم طلب منه الحاكم اليينة على ذلك فان اثبت المشهود عليه هذا باليينة رد الحاكم شهادة اولئك الشهود وان لم يثبت

زكاهم الحاكم ان كان لم يزكهم وحكم بموجب شهادتهم ان كان قد زكاهم .
وينقسم الطعن الى قسمين الاول ما يوجب التهمة ولا ينفي العدالة وهو ما ذكرته المجلة في هذه
المادة والثاني ما يسمى جرحاً وينقسم ايضاً الى قسمين الاول ما يتضمن التجاوز على حق معين من
حقوق الله كقوله ان الشاهد قتل نفساً معصومة عمداً او انه سرق المقدار المعين لي من مالي او انه
محدود في كذب والثاني ما يتضمن التجاوز على حق العبد كأن يقول المشهود عليه ان المشهود له
استأجر الشهود على مال اعطاه من وديعة هي كذا اودعتها عنده اى كل ما يلحقه حكم الحاكم من
الطعن يعتبر طعناً ونقام عليه البينة كقول المشهود عليه ان الشاهد فاسق او آكل الربى او انه
شاهد زور او مستأجر لهذه الشهادة .

ويكلف المشهود عليه لاثبات طعنه بحق الشهود الا اذا قال بان الشاهد عبد رقيق فيكلف
المشهود له لاثبات حريته .

واذا عجز المشهود عليه عن اثبات مدعاه فله تحليف الشهود في بعض المواضع وليس له تحليفهم
في المواضع الاخرى مثلاً اذا ادعى المشهود عليه بان الشهود كانوا اقرؤا بملكيتهم للمدعى به ولم
يثبت طعنه ودفعه هذا لا يحلف الشهود اليمين وليس له تحليف المشهود له اليمين عند عدم اثبات
الطعن على ما يفهم من اطلاق هذه المادة .

ويفهم من كاف التشبيه الواردة في هذه المادة ان الطعن لا يتخصر بجر المغمم ودفع المغمم كما
اوضحنا فلو قال المشهود عليه ان الشاهد هذا كان ادعى ملكية المدعى به لنفسه او ساووني او
ساوم فلاناً عليه او اقر بان المال المدعى به لفلان اولى او طعن بالشاهد بتعدين جرم او فعل
خاص كما مر ذكر ذلك مفصلاً .

مادة ١٧٢٥ [اذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعضهم يرجع طرف
الجرح فلا يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود] واذا جرحهم واحد وعدلهم اثنان فالتعديل
راجع لان خبر الجرح والتعديل متى تساوى يرجح الجرح بكونه اثباتاً لما يمكن حدوثه بعد وجود
العدالة والجرح اثبات لخلاف الظاهر .

مادة ١٧٢٦ [اذا مات الشهود او غابوا بعد الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم] اما في الحد والقصاص فان الحكم بتوقف على حضور شهود عظام يعترفون بالخطأ بشهادتهم عند معاينة خطر العقوبة . (وقوله للحاكم ان يزكيهم) اي يزكي الشهود في المعاملات اذا كانوا باقين على اهلية الشهادة فلو عميا او خرسا تبتدأ المحاكمة من جديد لوجود مانع القبول قبل الحكم .

✽ تذييل ✽

في تحليف الشهود

اجمع الفقهاء على عدم تحليف الشاهد اليمين في المعاملات المدنية الا ابن ابي ليلى فانه قال بتحليف الشاهد لان الشاهد اذا كان مستورا ومجهول الحال وزكي من مركز مجهول الاحوال ايضا غمض حاله على الحاكم وصار لا يثق بشهادته ولذلك يصار الى تحليفه خلافا لمن قالوا بعدم التحليف فانهم قالوا بان لفظ الشهادة يمين على ما ورد في المادة ١٦٨٩ من المحلة .

مادة ١٧٢٧ [اذا الح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بانهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم ان يحلف الشهود وله ان يقول لهم ان حلفتם قبلت شهادتكم والا فلا] .

قلنا ان تحليف الشهود هو قول ابن ابي ليلى وهذا الفرع ضعيف عند السادة الخنفية الذين يرون ان حديث (اليمين على من انكر) دال على اختصاص اليمين بالمدعى عليهم لا يشاركهم فيه غيرهم وقد احدث المتأخرون هذا الفرع لان الكثير من الشهود لا يطعن القلب لما يقع من تعديلهم وان علي بن ابي طالب كان يحلف من يرتاب في شهادتهم بدون طلب من الخصوم .



الفصل السابع

في رجوع الشهود عن الشهادة

شهادة الزور حرام بجميع الاديان ومن الكبائر ومعادلة للشرك بالله تعالى وقد ورد في الحديث (ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشرار بالله تعالى) وقد تلى الرسول عليه الصلاة والسلام آية فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور . وقد ورد في الحديث ايضاً (الا انبئكم باكبر الكبائر ثلاثاً قالوا بلى يا رسول الله قال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً فقال الا وقول الزور وما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت) وقال ايضاً (كشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانها حتى تلغنه ملائكة السموات والارض .

واذا شهد الشهود شهادة زور يعزروا وتثبت شهادة الزور بالبينة على اقرار الشاهد بانه شهد زوراً والافرار ولو كان حكماً كظهور من شهد الشهود بوفاته حياً او ظهور الشجرة التي شهدوا بقطعها غير مقطوعة . ويشهر الشاهد بالاسواق المزدحمة اذا كان من التجار وفي المحلات المزدحمة اذا كان من افراد الناس بالنداء عليه بانه شهد زوراً . ولا يمكن اثبات شهادة الزور بالشهادة لعدم امكان ايجاد طريق لاجل ذلك .

ولا يعزr الشاهد اذا خالف بشهادته دعوى المدعي او خالف شهادة الشاهد الآخر لعدم امكان معرفة الخطأ اذا كان حصل في الدعوى او في الشهادة او في احدى الشهادتين . ولا تقبل شهادة شاهد الزور بغير الحادثة التي عزr من اجلها الا اذا تاب .
واعلم بان ركن شهادة الزور رجوع الشاهد عن الشهادة بقوله شهدت زوراً او كنت كاذباً بشهادتي ولا يثبت بروجوع الشاهد عن شهادته . وشرطها وقوعها في مجلس الحاكم . ومحاسنها ان الرجوع سبب للخلاص من عذاب اليم .

مادة ١٧٢٨ [اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد اداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم فتكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تكن ويعزرون] .

ولا فرق بين ان يكون رجوع الشاهد عن جميع الشهادة او عن بعضها لان ضدق الخبر يرتفع بالرجوع للتناقض ولا يقال بان الشاهد يضمن للدعي قيمة ما تلف عليه برجوعه في بعض الشهادة لان الشهادة تقوم حجة تامة حينما يتصل بها القضاء وقد ابطالها الرجوع قبل الاتصال بالقضاء .
ولا بد من الرجوع في حضور الحاكم على نحو ما ورد في هذه المادة لان الرجوع في غير حضور الحاكم ضرب من العبث والغلو والرجوع ما شرط لاصله وهو الاداء . ويعزر الشاهد بالرجوع اذا لم يتب اما اذا تاب فلا يعزر .

مادة ١٧٢٩ [اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم ويضمن الشهود المحكوم به] عند الامام الاعظم وكذلك المزي .
وقال الامامان لا ضمان على المزكين اذا رجعوا عن التزكية لانهم انما اتوا خبراء على الشهود وقال ابو حنيفة ان التزكية علة في تأثير الشهادة في اثبات المشهود به فتعلق بها الحكم المذكور كنفس العلة . وقد اعتبر رجوع الشهود عن الشهادة موجباً لتضمنهم لان رجوعهم وان لم يكن حجة على الغير وهو المحكوم له والقاضي غير انه يكون حجة على الراجعين انفسهم امام المحكوم عليه .
ويكون اقراراً منهم بمثل المحكوم به للمحكوم عليه . واذا رجع الشهود عن الشهادة بما ليس مالا كما لو شهدوا بان فلانة زوجة فلان ثم رجعوا عن الشهادة بعد الحكم فلا ينقض الحكم ولا يضمنون شيئاً من المهر فيما لو شهدوا باقل من مهر المثل وكذلك لو شهدوا بغفو القصاص من وليه وبعد الحكم ونقل العقوبة الى الدية رجعوا عن شهادتهم لا يضمنون شيئاً وكذا لا يضمن الشهود اذا شهدوا بان زيداً مديون لعمرو بالف في مقابلة رهن مقبوض بيد الدائن مساوٍ الدين ورجعوا عن الشهادة ويضمنوا ما زاد من الدين عن قيمة الرهن التالف بيد المرتين . اما لو عرض غير الرجوع سبب لتلف المال المحكوم به فلا ضمان على الراجعين كما لو شهدوا بابراء زيد عمرواً من دينه عليه وبعد الحكم بذلك توفي عمرو مفلساً ثم رجع الشهود عن شهادتهم لان الافلاس كاف في سقوط المطالبة ولو لم يحكم بالبراءة منها لان المعلوم بعلة متعاقبتين يضاف في احكام الحوادث المدنية الى المتأخرة منهما وهذا التعليل جار برجوع الشهود عن شهادتهم ببنوة رجل لا آخر اذا مات الاب بعد الحكم وقبل الرجوع لان الميراث مضاف بالعلة القريبة الى الوفاة وبالعلة البعيدة للبنوة .

ويشترط لتضمن الشهود رجوعهم عن شهادتهم الاولى في حضور الحاكم فاذا رجعوا بغير حضور الحاكم لا يضمنون شيئاً ولا ينقض حكم الحاكم لان الكلام المتناقض لا ينقض الحكم وحيث يشترط لفظ الشهادة بالرجوع فلا يعتبر الرجوع موجباً لابطال الحكم والشهادة .

يستثنى من حكم هذه المادة القصاص فاذا شهد الشهود بالقتل عمداً ورجعوا عن شهادتهم بعد الحكم لا ينفذ ويضمن الشهود مثل ما شهدوا به اذا كان مثلياً او قيمته اذا كان قيمياً واذا كان المحكوم به قصاصاً يضمن الشهود الدية . ويضمن الشهود قيمة ما شهدوا به يوم القضاء لان اتلاف المال حصل بالحكم والقضاء .

واذا شهد الشهود بدين ورجعوا عن شهادتهم بعد الحكم وفي مرض الموت يؤخذ المبلغ من تركتهم واذا كانت غريمة ترجع بها ديون الصحة .

واذا كان المشهود به هبة بان شهدا الشهود بالهبة والتسليم ثم رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم يضمنون قيمة المال الذي شهدوا بهيته ولا يعتبر حق رجوع الواهب في هبته مانعاً للتضمن واذا ضمن الشهود قيمة الموهوب يمتنع على المشهود عليه الرجوع بالهبة لانه اخذ عوضاً عنها ويتعذر رجوع الشهود بالهبة لانهم ليسوا بواهبين .

واذا شهد الشهود بدين مؤجل او معجل ورجعوا عن شهادتهم بوصف التعجيل والتأجيل او ببعضه يضمنون ما شهدوا به حالاً اذا شهدوا بالدين المعجل او بعد حلول الاجل الذي عينوه بشهادتهم .

مادة ١٧٣٠ [اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور انفاً فان كان باقيهم بالغاً نصاب الشهادة لا يلزم الضمان ممن رجع ولكن يعزروا ان لم يكن الباقي بالغاً نصاب الشهادة يضمن الذي رجع مستقلاً نصف المحكوم به ان كان واحداً وان كانوا ازيد يضمنون النصف سوية بالاشتراك] .

وجه الفقرة الاولى ان الراجع عن الشهادة لا تأثير لا كذابه نفسه على بقاء رجحان الصدق في قول الباقيين البالغين نصاباً . ووجه الفقرة الثانية هو ان الضمان يوزع على من رجع باعتبار عدد من بقي على الشهادة بالنصف اذا كان رجلاً وبالربع اذا كان امرأة وتوزع النصف الباقي او

الثلاثة اربع على من رجع من الشهود نساءً ورجالاً للذكر مثل حظ الانثيين سواء رجع الشهود دفعة واحدة او رجعوا على التعاقب والانفراد . واذا كان الشهود ثلاثة ورجع اثنان منهم على التعاقب بعد الشهادة والحكم يضمنان ثلثا المشهود به سوية بينهما ولا يقال بان الذي رجع اولاً عن شهادته لا يضمن شيئاً لان الشاهدين الباقيين على الشهادة نصاب ولان المتلف يضاف الى المجموع ولم يظهر اثر الضمان برجع الشاهد الاول لسبب المانع وهو النصاب الباقي اما وقد زال المانع عاد الممنوع .

واذا كان الشهود رجل وعشرة نسوة فرجعوا عن شهادتهم يضمن للرجل حدس المشهود به والنسوة خمسة اسداسه عند الامام الاعظم ويضمن الرجل النصف والنسوة النصف الآخر عند الامامين .

واذا كان الشهود رجلان وامرأة واحدة ورجعوا عن الشهادة فالضمان على الرجلين فقط لان المرأة ليست بنصاب والحكم لا يضاف الى بعض العلة . واذا كانت الشهود رجالاً وثلاثة نسوة ورجعوا عن الشهادة بعد الحكم يضمن الرجل خمس قيمة المشهود به والنسوة الثلاث يضمنن الثلاثة اخصاس عند الامام الاعظم ويوزع الضمان بينهم مناصفة عند الامامين واذا رجع الرجل واحدي النسوة فقط يضمنان النصف بينهما اثلاثاً عند الامام الاعظم ويضمن النصف الرجل فقط عند الامامين .

اذا رجع شهود الفروع بعد الحكم عن شهادتهم فالضمان عليهم فقط دون شهود الاصل واذا رجع شهود الاصل فلا ضمان عليها ولا على شهود الفرع وقد افق الامام الثالث بخيار المشهود له ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع . واذا رجع شهود الاصل والفرع عن الشهادة فالضمان على شهود الفرع لانهم مباشرين والحكم يضاف الى المباشر . واذا شهد شهود الفرع بالدعوى وقالوا بعد الحكم بان شهود الاصل اخطأوا بشهادتهم لا يعتبر قولهم هذا رجوعاً عن الشهادة ولا يضمنون شيئاً .

مادة ١٧٣١ [يشترط ان يكون رجوع الشهود في حضور الحاكم ولا اعتبار لرجوعهم اذا كان في محل آخر فلا تسمع دعواه واذا شهدوا في حضور حاكم ثم رجعوا بعد ذلك في حضور حاكم آخر فيعتبر رجوعهم] .

وقد اشترط كون الرجوع في حضور الحاكم لان الرجوع عن الشهادة شهادة وكما ان الشهادة يجب وقوعها في حضور الحاكم فالرجوع ايضاً يجب ان يكون في حضور الحاكم . اما وجه الفقرة الثانية هو انه لو ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عند حاكم البلدة الذي كان قد حكم بشهادتهم حاكم بلدة اخرى بضمان المال الذي شهدوا به تسمع دعواه والا فلا .

* * *

الفصل الثامن

في التواتر

مادة ١٧٣٢ [لا اعتبار لكثرة الشهود يعني لا يلزم ترجيح شهود احد الطرفين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف الآخر الا ان تكون كثرتهم قد بلغت حد التواتر] اي ان كثرة افراد الشهود في الدعوى لا تكون سبباً لرجحان بيئته على اخرى الا اذا بلغت تلك الكثرة حد التواتر لان البيئة لا تفيد ما فوق الظن اما التواتر فانه يفيد اليقين والقياس لا يرجع على غيره بانضمام قياس آخر وصاحب الجراحات الكثيرة لا يتفوق في الحكم على صاحب الجراحات القليلة والشفعة تقسم على عدد رؤوس الشفعاء لا على مقدار سهامهم .

مادة ١٧٣٣ [التواتر يفيد علم اليقين بناءً عليه لا تقام البيئة بخلاف التواتر كما ذكر آنفاً] .

لان ما يدركه الشخص الواحد من الحوادث وان كان قطعياً غير ان احتمال عدم الصدق يلحق هذا الادراك وعند اتفاق الجماعة الكثيرة على حكاية ذلك فينقطع احتمال عدم الصدق الثابت في الخبر الغير المتواتر باحتمال النسيان او الخطأ او الذهول او تعمد الكذب ولا يصح عروض واحد من هذه الاعراض لافراد كثيرة مجتمعة دفعة واحدة .

ولا يشترط في افراد خبر التواتر الاسلام والبلوغ والذكورة والحرية .

واعلم بان المتواترات من اليقينيّات واليقينيّات ستة :

الاول : الاوليات ويقال لها البديهييات كقولنا الكل اعظم من الجزء .

الثاني : المشاهدات الباطنية كالجنوع والعطش والألم فانها لا تثقف على العقل وتشارك البهائم بها الانسان .

الثالث : المجربات كالخمر فانه مسكر والمسهل موجب الاسهال .

الرابع : المتواترات كقرارنا بالانبياء والبلدان والامصار مع اننا لم نرها .

الخامس : الحدثيات كقولنا نور القمر مستفاد من الشمس .

السادس : المحسوسات وهي الاشياء التي تظهر بالحواس وتحصل بالمشاهدة كقولك النار حارة والشمس مضيئة .

واذا قيل بان التواتر مركب من الافراد وخبر الفرد يحتمل الصدق والكذب والمجموع لا يفيد غير ما يفيد الفرد قلنا ان حكم المجموع يخالف حكم الافراد كالجنش فانه يفعل فعلاً لا يفعله افراده والجلل فانه يقوم بسحب الاحمال والسفن والبواخر على ان ما تركب به لا يكفي لجر ما يصيبه من المجموع .

مادة ١٧٣٤ [كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تحري العدالة بناءً عليه لا حاجة الى تزكية المخبرين] ولو طعن بهم الخصم وذكر فسقهم . وقيل خبر التواتر من المسلم وغير المسلم حتي ان الحربين اذا اخبروا بوفاة ملكهم على طريق التواتر يقبل اخبارهم .

مادة ١٧٣٥ [ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم ان يكون جماعاً غفيراً لا يجوز العقل انفاقهم على الكذب] اذا الاستقراء العقلي قد دل دلالة عامة اشتراك في العلم بمضمونها جميع الطبقات على ان حصول اليقين بصدق الخبر فيجب والحالة هذه صدور الخبر من جماعة لا يحصرون في عدد معين لا يزداد ولا ينقص عنه وان لا يجوز العقل انفاقهم على الكذب عمداً او سهواً وان يكون تأثير الخبر على الحواس فلا يقع التواتر في المعلومات النظرية التي طريق حصولها النظر والاستدلال وان يكون الحادث ممكن الوقوع

لا مستحيلاً الا ان جهل الحكماء قد سبب لصدور قرار من الفتوى في المشيخة الاسلامية بلزوم اعتبار التواتر عشرين عدداً فما فوق .

ولا يسعنا الا ان نقول ان خبر التواتر صار في الايام الاخيرة مستنداً لكل مبطل بدعواه حيث يجمعه من ارازل الناس ويثبت به النفي والاثبات على ما رأينا وكنا نرى في الحوادث اليومية ومن قائل ان السلطان عبد الحميد كان منعه والمنع جاء موافقاً لروح العصر والزمن ومنهم من قال ان علة المنع هي منع اجتماع الناس وخبر التواتر يقضي حتماً بلزوم الاجتماع على ان الحكومة العثمانية قد اجازت سماعه في الايام الاخيرة وعاد الناس الى شكواهم وبلواهم وقد اصدرت المفوضية الافرنسية في بيروت اخيراً قراراً مؤداه الغاء خبر التواتر ومنع المحاكم من سماعه وعندني انه قرار يوافق الحاجات الزمانية والمكانية انما كان على المفوضية ان تنظر ايضاً لماطلة صاحب البينة الراجحة لما يريد اقامة بينة زوراً وبغير حق فنقيده من جهة المدة ضغطاً للحق والعدل والله الملهم للصواب .



الباب الثاني

في بيان الحجج الخطية والقرنية القاطعة و ينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في الحجج الخطية

مادة ١٧٣٦ [لا يعمل بالخط والخطم فقط] لان الخط يشبه الخط والخطم يشبه الخطم
[ولكن اذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع فيكون معمولاً به يعني يكون
مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر] .

ان الثابت بالخط والخطم اما ان يكون اقراراً او شهادة او حكماً ففي الوجوه الثلاثة يعمل
بالخط والخطم اذا كانا سالمين من شبهة التصنيع والتزوير بالاجماع والا لا يعمل بموجبها لا
منفردين ولا مجتمعين لجواز نسبة الخط لغير من كتبه كما وقع في كتاب مروان الذي نسبه
لعثمان رضي الله عنه او النقاط الخاتم من صاحبه والخطم به كما وقع بقصة مروان ايضاً - بناءً عليه
لا يعمل بكتاب القاضي الى القاضي الا اذا ثبت مضمونه - او كان موقعاً بالامضاء المعروف
عند القاضي المخاطب - ولا يعمل بمجرد كتاب الوقف الا اذا ثبت مضمونه بالشهود المعتمدة
(راجع المادة ١٧٣٩) .

مادة ١٧٣٧ [البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخافائية لكونها امينة من التزوير
معمول بها] - اي المحفوظ على تلك البراءات بديوان الحكومة الخاص وهي قيود الارادات
السنية سواء تعلقت بالعامه كالارادات المتعلقة بمرور الزمان او تعلقت بالامور الخاصة كالاقتطاعات
وتعيين الخطباء واصحاب الوظائف الوقفية فهذه البراءات يعمل بمضمونها بدون بينة لعدم امكان
تزويرها .

وكذلك قيود الدفاتر الخاقانية التي نظمت بكمال الدقة في ايام السلاطين العثمانية لا سيما السلطان سليمان القانوني والسلطان مراد الثالث المسجل فيها انواع اراضي البلاد العثمانية من مراعي واقطاعات ومزارع موقوفة وغير موقوفة وما يطرأ عليها من التبديل كجعل بعضها وقفاً مجدداً او ارضاده وقد بلغ عددها تسعمائة وسبعين دفترأ وضعت بعد تنظيمها في مخزن خاص موصد بابواب اربعة من الحديد مثنوه على كل منها ولهذا المخزن مأمور امين يقيد ما يتجدد من الاوامر في الدفاتر المذكورة ويحكم بموجب هذه القيود بدون بينة لسلامتها من شائبة التصنيع كما مر .

اما الدفاتر الموجودة بدوائر التملك فانها وان كانت لا يمكن اعتبارها كدليل قطعي لعدم امكان حفظها سالمة من شوائب التصنيع والتزوير كما تحفظ القيود المبحوث عنها في هذه المادة الا ان قانون تصرف الاموال غير المنقولة الذي مر ذكره اكثر من مرة في كتابنا امر باعتبار اسناد الطابو وقيودها لدى جميع المحاكم والدوائر انما يجدر بنا ان لا نعتبر ان صراحة هذا القانون ادت بنا الى اعتبار تلك القيود والسندات كهذه الدفاتر لما بين ذلك من الفرق الظاهر ولا مكان عدم اعتبار القيود الجديدة والاسناد اذا ثبت تزويرها وعدم امكان اعتبار ذلك في الدفاتر القديمة المذكورة .

مادة ١٧٣٨ [يعمل ايضاً بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سبالة عن الفساد والحيلة على الوجه الذي يذكر في كتاب القضاء] فاذا لم تتوفر السلامة في تلك السجلات وحصل فيها زيادة او نقصان وحذف او تبديل او الحاق او علاوة فيحتاج الى اثبات مضمونها بالشهود وكذلك مضمون ما استنسخ عنها على ان احكام هذه السجلات والضبوط وامكان اعتبارها صار مقيداً بالتعليقات السنوية المؤرخة سنة ١٢٩٦ والتي سنبحث عنها في آخر كتاب القضاء .

مادة ١٧٣٩ [لا يعمل بالوقفية فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه فيكون معمولاً بها على هذا الحال] (٠)

لان الوقفية لا تخلوا من شبهة التصنيع والتزوير لا مكان لتقليد الخط ونزوير الامضاء والخاتم اما اذا كانت مسجلة في سجل المحكمة المتوفرة فيه الاوصاف فتثبت بها الدعوى بدون حاجة لاثباتها من طريق آخر .

الفصل الثاني

في القرينة القاطعة

مادة ١٧٤٠ [احد اسباب الحكم القرينة القاطعة ايضاً] .

اسباب الحكم هي القرينة القاطعة والشهادة والاقرار واليمين والنكول والقسامة وعلى قول علم القاضي . فالقرينة القاطعة سيبحث عنها في المادة ١٧٤١ والبيئة بحث عنها في اول هذا الكتاب والاقرار ذكر في كتاب الاقرار وكذلك اليمين والنكول عن اليمين سيبحث عنها ولم يبق الا القسامة وعلم القاضي . فالقسامة هي عبارة عن تحليف خمسين شخص من اهالي المحل الذي وجد به القتل بعد تحقق اسبابها وشروطها مثلاً اذا وجد المقتول في قرية انكر اهله القتل فيختار ولي القتل خمسين رجلاً من القرية ويحلفهم اليمين واحداً واحداً على انهم لم يقتلوه ولم يعرفوا القاتل فاذا حلفوا جميعهم وجبت الدية على اهل تلك القرية جميعاً ويحكم عليهم بها واذا نكل احدهم عن الحلف ينظر فاذا كان ولي القتل يدعي عليهم قتلاً يوجب القصاص يحبس الناكل عن اليمين الى ان يقر ولا يحكم عليه بالدية واذا كان ما يدعيه المدعي هو القتل الذي يستوجب الدية فقط يحكم على الناكل عن حلف اليمين بمجموع الدية . اما علم القاضي فهو من اسباب الحكم عند بعض الفقهاء لان القصد من الشهادة هو معرفة الحق فاذا كان الحاكم اميناً فعلمه يعتبر عندهم اقوى من الشهادة . الا ان فساد الزمان اوجب عدم اعتبار علم القاضي لما هنالك من التهمة وسوء الظن لا سيما في زماننا .

مادة ١٧٤١ [القرينة القاطعة هي الامارة البالغة حد اليقين . مثلاً اذا خرج

احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل الى الدار وروى فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور قتل نفسه [راجع مادة ٧٤] . وكذلك حفظ الملتقط اللقطة بدون ان يخلطها بغيرها من الاموال دليل على نية اعادتها لصاحبها وكذلك الحكم باللقطة لمذيعها اذا كان يعينها ويوصفها والحكم بنصاب الشهادة .

وقد مثلت هذه المادة مثلاً للقربة القاطعة في العقوبات وقد وقع نظير هذه المسئلة في خلافة علي رضي الله عنه حيث وجد عسسه قتيلاً في خربة وعلى رأسه رجل آخر بيده سكين فأخذوهما للخليفة ولما سئل قال انا قتلتها فأمر الخليفة بقتله ولما اخذ اقبل رجل مسرعاً وطلب رد المتهم الى علي فردوه فقال الرجل المسرع يا امير المؤمنين انا القاتل فقال الخليفة للاول وما حملك على الاقرار بالقتل فقال علمت انه لا يقبل مني الانكار مع هذه الحالة وخشيت ان يحكم بالقسامة على من يقرب من الخربة من السكان فاحتسبت نفسي عند الله وانما انا قصاب ذبحت بقرة وذهبت لقضاء حاجة في الخربة فاخذني العسس على هذه الحالة فقال علي بئسما صنعت ومن هذا يتضح ان مثال هذه المادة هو قربة راجحة في الدلالة على وقوع القتل من اتهم به مثل شهادة العدلين وان احتمال غيره مرجوح كاحتمال عدم صدق العدلين .

وكذلك وضع الجدوع على الحائط قربة على ان الحائط ملك صاحب الجدوع وكذلك لو رأى رجل رجلاً وامراً يتعاشران معاشرة الأزواج فله ان يشهد بنكاحهما ولو لم يعاين العقد . وكذا اذا اقر رجل بدين لا آخر بحضور شاهدين ثم ادعى المرض اثناء الاقرار فللشاهدين ان يشهدا بصحة حال الاقرار اذا كانا لم يريا به مرضاً .



الباب الثالث

في بيان التحليف

مادة ١٧٤٢ [اسباب الحكم انيمين او النكول عنه ايضاً وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه فيحلف المدعى عليه بطلبه ولكن اذا ادعى احد على آخر بقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه كذلك اذا ادعى كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بانه اشتراه منه وافر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين والاستيجار والارتهاق والايهاب كلاشتراء في هذا الخصوص] .

والضابط في ذلك هو صراحة الحديث الشريف القائل (اليمين على من انكر) وقد انفق العلماء على ان الحلف من المدعى عليه قطع للخصومة والا لما وجدت فائدة الحلف . والضابط في ذلك هو (من يجب عليه الحق المدعى به باقراره يمكن تحليفه عند انكاره) كما في مسألة ادعاء الوكالة عليه (وان لا يكون الحق المدعى به متعين الثبوت قبل المدعى عليه لشخص يعينه) كما في دعوى اشتراء المال المعين من واحد اما لو ادعى الاثنان على واحد كل منهما فعلاً واقعاً في العين كمنصب ووديعة فانه يحلف عند الانكار كل واحد منهما . اما كل ما لا يجري فيه البذل بدون حصول سببه لا يشرع فيه التحليف كالحدود واللعان (وهي ان تدعي المرأة قذفها وتطلب الملاعنة وهو ينكر) . وكذا من لا يجب عليه الحق المدعى به باقراره لا تتوجه عليه اليمين كالوصي والولي والمتولي للوقف ومأمور بيت المال فيجب اثبات الحق بوجههم بالبينة ولا يحلفوا اليمين .

مادة ١٧٤٣ [اذا قصد تحليف احد الخصمين فيحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة] .

ولا يشترط في التحليف ما يدل على عظمة الله وقوته في اليمين صريحاً لأن الواجب مطلق اليمين لا صيغة معينة فلا يغاظ اليمين عند الحنفية بزمان ولا ممكن في غير اللعان وهذا هو الصواب خلافاً للمالك والشافعي فانها قالوا بالتغليظ في اليمين . وقد اجمع الفقهاء على ان الصبي المميز لا يكلف باليمين ولو مأذوناً ويحلف بعد البلوغ وقد سكنت المجلة عمن يجب تحليفه ومن لم يجب وهذا نقص يوجب الرجوع الى الاجتهاد الذي قد لا يكون مطرداً غالباً .

ولا يجوز التحليف بالطلاق او العتاق ولو كلف المدعى عليه بذلك ونكل لا يحكم بنكوله وقد ورد بالحديث (لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفاً فيحلف بالله او ليذر) وكذا اذا حلف المدعى عليه اليمين وتمنع من الحلف بالتغليظ لا يعد ناكلاً وكذا المشرك والمجوسي يحلف باسم الله لا بشاره المعبودة .

مادة ١٧٤٤ [لا يكون البين الا في حضور الحاكم او نائبه ولا اعتبار بالنكول في حضور غيرهما] فاليمين بحضور الحاكم ظاهر اما اليمين بحضور نائبه هو يمين المخدرة والمرىض الذي يقع في غير مجلس الحاكم فانه يجري من قبل نائب الحاكم وكذلك يجوز تحليف اليمين بطريق الاستنابة بواسطة حاكم القضاء الذي يقيم به المدعى عليه .

مادة ١٧٤٥ [تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين بناءً عليه لو كلاء الدعاوي ان يحلفوا الخصم ولكن اذا توجهت اليمين الى موكلهم فيلزم ان يحلف هؤلاء بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم] .

اما طلب اليمين فهو من قبيل طلب الحق من الغير فيجوز فيه النيابة واما اليمين فانه يدفع دعوى المدعي بسبب الوقوف على حقيقة لا يعلمها غير المدعي ولا يعلمها النائب عنه مها كان شديد اللصوق للمدعى عليه واذا قيل ان اقرار الوكيل معتبر بحق الموكل فيجب اعتبار الامتناع عن الحلف ايضاً قلنا لا تهمة في اقرار الوكيل بحق قبل موكله اما الانكار فكل من الموكل والوكيل متهم فيه وقد خص المدعى عليه بتأكيده هذا الانكار باليمين لاختطه علمه بنفسه . وكذلك الوصي فانه لا يحلف عن فعل وقول لم يباشره لانه اذا اقر بقبض غيره لا يعتبر اقراره . وتوجه اليمين على الوكيل بالبيع لان اقراره معتبر لان حقوق العقد تعود للعائد .

مادة ١٧٤٦ [لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى من الشركة حقاً واثبتته فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميث بوجه ولا ابرأه ولا احواله على غيره ولا اوفي من طرف احد وليس للميث في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار « الثاني » اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم على انه لم يرض بالعيب قولاً او دلالة بتصرف كتصرف الملاك على ما ذكر في المادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفيعته يعني لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه] .

دليل الفقرة الاولى قوله عليه الصلاة والسلام لم دع عجز عن اثبات دعواه بالبينة (ليس لك اليمينه) وقد خصص اليمين بالمدعي انما يجب ان يكون عند الطالب كما في الشفعة حتى لو حلف الحاكم المدعى عليه اليمين بدون طلب المدعي ثم طلب التحليف يحلفه مرة ثانية .
واعلم بان يمين الاستظهار هو من اجل التركة لا من اجل الوارث لا يمكن وجود وارث آخر غير المدعي او وصي في التركة . ولا ينحصر يمين الاستظهار بطلب الدين من التركة فيحلف المدعي اليمين بطلب الدين والعين ايضاً . ويحلف المدعي يمين الاستظهار ولو اقام دعواه بحضور الوصي فيما اذا كانت لا وارث للميت ولا يحلف المدعي اليمين اذا اقام دعواه على كفيل المتوفي لان المدعى عليه ليس بتركة ميت . ولا يحلف المدعي اليمين اذا ادعى اداء ما عليه من الدين الى الميت حال حياته ولا يحلف ايضاً اذا ادعى الدين من التركة وافر له الورثة - اذا كانوا كباراً بالغين - بحقه بالفعل .

مادة ١٦٤٧ [اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا يعتبر يمينه ويلزم ان يحلف من قبل الحاكم مرة اخرى] لان اليمين الذي لا يعين

الحاكم صفته يعد لاغياً ومن اليمين ما يحتاج تحليفه على البتات او على عدم العلم وهذا لا يكون الا من قبل الحاكم .

مادة ١٦٤٨ اليمين اما ان يكون على البتات او على عدم العلم وتحليف اليمين على البتات في ثلاث مواقع اي [اذا حلف احد على فعله] من كل وجه او من وجه او على فعل غيره الذي يعلمه ويدعي به [فيحلف على البتات يعني على القطع بان هذا الشيء هكذا او ليس بكذا واذا حلف على فعل الغير فيحلف على عدم علمه بذلك الشيء] .

معنى ذلك ان المدعى به اما ان يكون فعلاً ينفرد به المدعى عليه كالغصب او يقع منه بانضمام آخر ببيع واما ان يكون فعلاً يقع من المدعي عليه يعلمه المدعي ويدعي به وهذا النوع يتصور مع سائر الامناء ففي جميع هذه الصور يحلف المدعى على البتات ولذلك كان يجب على واضع القانون اضافة عبارة من كل وجه او من وجه او على فعل غيره الذي يعلمه ويدعي به .

ويقع اليمين على النفي لا على الاثبات اما المستودع اذا ادعى رد الوديعة وان كان مدعياً لكنه ينكر الضمان ولذا فقد وجب تحليفه على عدم وجوب رد الوديعة عليه .

قلنا ان اليمين يكون من كل وجه ومثال ذلك اذا ادعى المدعي ديناً على آخر فأنكر المدعي عليه دعواه ووجب تحليف المدعى عليه لعجز المدعي عن الاثبات يحلف المدعى عليه على انه غير مدين للمدعي بالمبلغ المدعى به او اقل منه . وكذا اذا ادعى احد على آخر مبلغاً من جهة الكفالة فأنكر المدعى عليه الدعوى ووجب تحليفه اليمين يحلف بانه لا يوجد الحق المدعى به للمدعي قبله بذمته من جهة الكفالة .

ويكون اليمين من كل وجه كما لو ادعى المدعي على المدعي عليه شراء او استئجار مال منه وانكر المدعى عليه دعواه يحلف المدعى عليه على البتات على ان البيع هو فعل البائع والمشتري .
ويكون اليمين على فعل الغير الذي يعلمه ويدعي به كما لو ادعى رجل على آخر وديعة وادعى المستودع الرد وانكر المودع ذلك يحلف المستودع على البتات . وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى كون موكله قبض ثمن المبيع وانكر الموكل ذلك يحلف الوكيل على ان الموكل قبض الثمن .

مادة ١٧٤٩ [اليمين اما على السبب او بالحاصل وهو ان اليمين بوقوع خصوص

او بعدم وقوعه يمين بالسبب واليمين ببقائه او بعدم بقاءه يمين بالحاصل مثلاً اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع اصلاً هو يمين بالسبب واما اليمين ببقاء العقد الى الآن او بعدم بقاءه فهو يمين بالحاصل .

السبب اما ان لا يرتفع حكمه كالنجاج او يرتفع ولكن يتضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فيه كالشراء الذي يدعي به حنفي على شافعي شفعة الجوار فيختلف المنكر على السبب في هاتين المسئلتين بالاجماع بان يقول ما نتج هذا الفلأ عندك وما اشتريت هذا العقار الذي بجوارك اما ما سببه غير مرتفع هو مساوٍ للحاصل في الوجود وان كان الحاصل اعم في العقل لجواز حصوله من سبب آخر وعليه فلو حلف المدعى عليه على الحاصل في هذه الصورة كان حلف على عدم ملك مدعي نجاج الفلأ فيه لان الاخص يلتزم بنفي الاعم .

مادة ١٧٥٠ [اذا اجتمعت دعاوي مختلفة فتكفي فيها يمين واحد ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة] .

معنى ذلك انه اذا اجتمعت دعاوى مختلفة على شخص واحد سواء كانت دعوى واحدة في الوضع مركبة من دعوتين مختلفتين في المعنى كمن ادعى الفأ من ذمة آخر حسب الوكالة فيما اذا انكر المدعى عليه المبلغ والتوكيل او كانت دعاوي مختلفة في الوضع والمعنى كمن ادعى على آخر بعين مغصوبة وتسلم امانة ومبلغ فيكفي في هذه الدعاوي اليمين الواحدة لمنع المدعي منها .

مادة ١٧٥١ [اذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين في الدعاوي المتعلقة بالمعاملات باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا احلف او دلالة بالسكوت بلا عذر حكم الحاكم بنكوله واذا اراد ان يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى حكم الحاكم على حاله] لان النكول يتحقق بدون مدة اذ لا موجب للانتظار مع وجود التمكن من القيام بالمكف به ولا يشترط لتحقيق النكول صراحة التعبير كقول الناكّل عن الحلف انا ناكل او ان لا احلف اليمين لانه امر عديم وهو عدم الحلف مع القدرة عليه بسلامة الجراحة التي هي

آلة لابقاعه صراحة او اشارة وعند صاحبين لا يتحقق الا بعد عرض اليمين ثلاث مرات على المكلف به والامتناع منه وقد قال بعض الفقهاء بامكان تكرار العرض في الحوادث التي يظهر بها رهبة المكلف باليمين من مجلس القضاء او غفلته وضعف ادراكه وهذا محله في المعاملات اما القصاص فلا يحكم به بمجرد النكول بل يصار الى الدية (٠)

مادة ١٧٥٢ [يعتبر يمين الاخرس ونكوله عن اليمين باشارته المعهودة]
لان الاخرس يحتاج في المعاملات ما يحتاج اليه الناطق والتكليف بما ليس في الوسع غير مشروع بالنص ولهذا اعتبر العمل الحمي باي عضو من اعضاء الاخرس الذي يستعمله لعقد اليمين او النكول عنه قائماً مقام البيان اللفظي .

❖ ❖ ❖ لاحقة ❖ ❖ ❖

مادة ١٧٥٣ [اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود او قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر فلا يقبل قوله] .
واعلم بان الشهادة في الامور الحسية التي لا يشترط في ادائها تقديم الدعوى لا يكون قول المدعي لامر من تلك الامور ليس لي شاهد اصلاً مانعاً من احضار الشهود على تلك الدعوى ولا يؤثر عليها التناقض لان الحق يمثل هذه الدعوى وهو حق الشرع كدعوى بيت المال والمحجور واليتيم وكذا لو قال المدعي ليس لي على دعواي هذه شاهد اصلاً ثم احضر شهوده قائلاً ان المدعى عليه كان اشهدهم على نفسه دون ان اعلم ذلك يسمع قوله وتوفيقه اما لو قال كنت ناسياً لهؤلاء الشهود لا يسمع قوله للتناقض وهذا ما قصده هذه المادة بعبارتها .

❖ ❖ ❖

الباب الرابع

في المنازع بالأيدي وترجيح البيّنات

معنى المنازع بالأيدي ظاهر فيمن هو واضع اليد على العقار أو المنقول فالمنقول يكفي فيه الفعل الحسي المشاهد إذا كان دالاً على حوز أحد المتداعين دون الآخر فهذا هو واضع اليد كراكب الدابة مع ماسك الرسن وإذا وجد الفعل من كل من المتداعين اعتبر واضعاً اليد مشتركاً كالجالسين على بساط واحد . ولا عبرة لما يطرأ أثناء التداعي من تبدل وضع اليد لأن ذلك لا يبدل الحكم بوضع اليد .

مادة ١٧٥٤ [يلزم اثبات وضع اليد بالبيّنة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي ولكن إذا ادعى المدعي قائلاً أني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبيّنة وكذلك أي شخص كان وجد في يده المنقول فهو ذو اليد فلا حاجة الى اثباته بالبيّنة على الوجه الذي ذكر آنفاً وتصادق الطرفين كافٍ في هذا] . لما كانت اليد على العقار ليست بمعينة خلافاً للمنقول فقد وجب اثباتها بالبيّنة لا بالاقرار مخافة التواطؤ على العقار الموجود بيد شخص ثالث عند المحاكمة لأن الحكم بالبيّنة يقضي بالقضاء على الجميع أما إذا ادعى المدعي على المدعى عليه فعلاً حسيّاً كالغصب الحسي أو السرقة فلا يكلف لاثبات وضع اليد لأن ما يقصده المدعي بدعواه هذه هو إزالة الاثر الذي أحدثه المدعى عليه بالمدعى به بفعله وكذلك دعوى المدعي تلقي الملك من المدعى عليه باحد اسبابه المشروعة كالشراء أو الايهاب مع القبض واعارة الموهوب للمدعي عليه والتملك بعقد الصلح المشروع لأن التواطؤ لا يجتمل بمثل هذه الحالات . ولا تشترط الشهادة بدعوى الغصب والسرقة على الغصب والسرقة بل تكفي في ذلك الشهادة على الملك . أما صور

وضع اليد هي البناء في الدار والعروة وقطع الأشجار في الاحراج وبيعها وقع الحشيش في المراعي ورعي الدواب واتصال التربيع بالجدران او وضع الجذوع عليها .
وتترجح بعض التصرفات في المنقول على غيرها كلبس الثوب فانه اولى من الآخذ بالكم وراكب الدابة فانه اولى من الآخذ بالبحام وراكب السرج اولى من الرديف والتمسك بالبحام اولى من المتعلق بالذنب . اما الراكبان بدون سرج والجالس على البساط والتمسك به والجالسان على بساط هما متساويان بوضع اليد

مادة ١٧٥٥ [اذا تنازع شخصان في عقار دار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار فتطلب البينة أولاً من ايهما كان ذا اليد فاذا قام كل منهما البينة على ذلك فتثبت يدهما معاً على العقار فيشتركان فيه واذا اظهر احدهما العجز عن اثبات وضع يده واقام الآخر البينة على كونه واضع اليد فيحكم بكونه ذا اليد ويعد الآخر خارجاً وان لم يثبت احد من الخصمين كونه ذا اليد يحالف كل منهما بطلب الآخر على عدم كون خصمة ذا اليد في ذلك العقار فان نكلا عن اليمين يثبت كونهما ذوي اليد في ذلك العقار ويشتركان فيه وان نكل احدهما وحالف الآخر يحكم بكون الحالف واضع اليد مستقلاً بذلك العقار ويعد الآخر خارجاً وان حلفا معاً فلا يحكم لاحد منهما بكونه ذا اليد ويوقف العقار المادعي به الى ظهور حقيقة الحال]

ولا تطلب البينة على الملك قبل اثبات وضع اليد لما مر بيانه من امكان احتمال وقوع التواطؤ على مال الشخص الثالث الذي لم يكن داخلاً بالدعوى وتطلب بينة وضع اليد أولاً لامكان معرفة واضع اليد من الخارج ولا بد من وقوع احد الاحتمالات الوارد ذكرها في هذه المسألة فاذا اقام كل من المتداعين البينة على وضع يده حكم بوضع يدهما بالاشتراك و يصير كل واحد منهما مدعياً وخارجاً بالنسبة لما في يد الاخر من وضع اليد ومدعي عليه بالنسبة لما في يده امام الآخر ولا يجوز تقسيم العقار بينهما قبل فصل دعوى الملك باحد اسباب الحكم لان مجرد وضع اليد يحتمل

الاجارة والرهن . واذا اقام البيئة احدها صار ذايد وكلف الثاني لاثبات الملك واذا عجز عن الاثبات كلف كل واحد منهما بطلب الآخر لحلف اليمين على ان الآخر لم يكن ذايد على العقار المدعى به فاذا نكلا حكم باشتراكهما بوضع اليد سواء اعتبرا لنكول اقراراً او بدلاً . اما باقي الاحتمالات فهي واضحة وظاهرة من متن هذه المادة فلا حاجة للتطويل بشأنها . وقد قال الاستاذ علي حيدر افندي بشرحه ما خلاصة (هل يلزم اثبات وضع اليد بالبيئة في دعوى التصرف بمسقفات الوقف والاراضي الاميرية وانه يرد على الخطر لا لأن المتصرف به في هذه هو المنفعة لا العين) فنقول ان امكان التواطؤ موجود في هذه الدعاوي ايضاً فلا بد من اثبات وضع اليد فيهما لاسيما والدعوى بالتصرف بمسقفات الوقف والاراضي الاميرية هي دعوى عقار

الفصل الثاني

في ترجيح البيئات

للبيئتين المتعارضتين وليس احدهما خيراً متواتراً (٠) ثلاث حالات . الاولى تهازرها لعدم امكان ترجيح احدها على الاخرى وعدم امكان العمل بهما مثل لو اقام كل واحد من شخصين بيئة على نكاحه امرأة حية تنكر دعوى كليهما وكذا لو شهد شاهدان على ان زبداً قتل عمرواً يوم عيد الاضحى في الكوفة وشهد الآخران بانه قتل في اليوم المذكور في مكة .

وكذا لو ادعى اثنان بنوة عم المتوفي وسمي كل منهما له جداً غير الجد الذي سماه الآخر واثبت كل منهما شرائه من الثاني بالبيئة

وكذا لو ادعى اثنان بنوة عم المتوفي وسمي كل منهما له جداً غير الجد الذي سماه الآخر واثبتا دعواهما .

الثانية امكان العمل بهما معاً مثل لو اقام خارجان كل واحد منهما البيئة على الملك المستقل في عقار في يد ثالث فانه يحكم به لهما مناصفة بينهما لعدم المرجح . الثالثة ترجيح احد البيئتين على

(٠) الغي التواتر اخيراً فلا محل لهذا القيد

الآخرى باحد اسباب الترجيح فيعمل بالراجعة وهو المقصود بهذا الفصل والضابط لذلك هو (من تكون من المدعين متوفراً فيه حقيقة المدعي اكثر من الآخر بدعواه خلاف الظاهر او من يكون دعواه بمعنى دفع الدعوى لدعوى الآخر فهو راجع البيئة على الآخر)

مادة ١٧٥٦] اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلاهما متصرف او ذو يد في بيئة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيم البيئة فترجح بيئة الذي ادعى الاستقلال على بيئة الذي ادعى الاشتراك واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البيئة على ذلك فيحكم لهما بذلك العقار مشتركاً واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت آخر فيحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً]

ولا فرق في هذه المسائل ان يكون المدعي به عقاراً او منقولاً ووجه المسئلة الاولى ان مدعي الكل لا منازع له في البعض فيقضى له به قضاء ترك . ولا بد من وجود العقار في يديهما كما هو صريح عبارة (والحال ان كلاهما ذو يد) فلو كانا خارجين والمدعى به في يد شخص ثالث فلمدعى الكل ثلاثة ارباع ولمدعى النصف الربع عند ابي حنيفة لان النزاع واقع على النصف فقط ابتداء وقال صاحبان بلزوم تقسيم المدعى به بينهما اثلاثاً على طريق العول المعروف في الحقوق الشخصية . وكذا اذا تكونت الدعوى على واحد بين ثلاثة اشخاص فادعى احدهم بالاستقلال وادعى الثاني نصفه وادعى الثالث ثلثيه واثبت كل منهم دعواه وكان المال بيدهم يحكم لهم به على طريق المنازعة عند الامام وعلى طريق العول عند الامامين واذا عجز كل من المتداعين عن اثبات دعواه يحلف كل واحد منهم بطلب الآخرين واذا كان المدعي به يمسد شخص ثالث وتدعى به اثنان وعجزوا عن اثبات دعواهما وحلفا اليمين ببق المال بيد ذي اليد .

مادة ١٧٥٧] بيئة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لا بين فيها تاريخ . مثلاً اذا ادعى احد الدار التي هي في يد آخر بأنها ملكي وان هذا قد وضع يده عليها

بغير حق وأنا اطلب ان تسلم اليّ وقال ذو اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت عليها
يدي بحق فترجح بيّنة الخارج وتسمع [

اي اذا ادعى كل واحد من الاثنين ملكا مطلقا غير مقيد بسبب قابل للتكرار كالشراء او غير
قابل للتكرار ولم يؤرخا وكان احدهما ذا يد والثاني خارج ولم يدع احدهما على الآخر فعلاوا برهنا
ترجح بيّنة الخارج لانها مخالفة للظاهر

واعلم بأن الخارج وذا اليد اما ان لا يؤرخا واما ان يؤرخ احدهما واما ان يؤرخا تاريخا
واحداً ففي الصور الثلاث ترجح بيّنة الخارج . اما اذا ارخا يحكم لمدي التاريخ المقدم
(راجع مادة ١٧٦٠) واذا كان المدعى به بيد الخارج عن المتداعين فينظر ايضاً اما ان لا يؤرخا
او يؤرخا تاريخاً واحداً او يؤرخ احدهما فقط يحكم بالمدعى به بينهما مناضفة واذا ارخا تاريخين
مختلفين يحكم لمدي التاريخ السابق .

مادة ١٧٥٨ [ترجح بيّنة الخارج ايضاً على بيّنة ذي اليد على دعاوي الملك المقيّد
بسبب قابل للتكرار ولم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى الملك المطلق
ولكن اذا ادعى كلاهما بانها تلقيا الملك من شخص واحد فترجح بيّنة ذي اليد مثلاً
اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده بانه ملكي وانا اشتريته من زيد وحال
كون ملكي بهذه الجهة وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد اشتريته
من بكرٍ او موروث لي من والدي وبهذه الجهة قد وضعت يدي عليه فترجح بيّنة
الخارج وتسمع ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذه الدكان من زيد فترجح بيّنة
ذو اليد على بيّنة الخارج بهذه الحال]

وقد رجحت بيّنة الخارج اذا ادعى الملك بسبب قابل للتكرار كالشراء والغرس والبناء ولا
تاريخ لها لان الخارج هو المدعي حقيقة لان المدعين لو كانا خارجين وادعى الملك بيد غيرهما
حكم باشتراكهما واذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من الآخر وبرهنا تهاوتت بينتيهما ويبقى
المدعى به بيد ذي اليد اما باقي فقرات هذه المادة فواضحة لا حاجة لتكرارها وتفصيلها .

ماده ١٧٥٩ [بينة ذي اليد اولى في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنجاج مثلاً لو نازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما انها ماله ومولودة من فرسه ترجح بينة ذي اليد]

لان الرسول عليه الصلاة والسلام حكم بدعوى النجاج لذي اليد . وتجب الشهادة في دعوى بالملك والنجاج كقول الشاهد اشهد ان هذا الفرس هي ملك هذا المدعي نجاجاً ولا يكفي للشهادة النجاج فقط لامكان وقوعه بيد الاجير والمستعير .

فالمدعى به اما ان يكون بيد احد المتداعيين وفي هذه الدعوى اما ان لا يؤرخا فيحكم لذي اليد واما ان يؤرخا تاريخاً واحداً ووافق سن الحيوان التاريخ او يشكل فيحكم لذي اليد لان السن اذا اشكل يسقط التاريخ واما ان يؤرخا تاريخين مختلفين فيحكم بالحيوان لمن وافق تاريخه واذا اشكل موافقة سن الحيوان لتاريخ المتداعيين يحكم لذي اليد واذا وافق سن الحيوان تاريخ احدها واشكل تاريخ الآخر يحكم لمن اشكل تاريخه واذا لم يوافق لتاريخ احدها نتهاتر بينهما لقبوت كذبهما وبقي الحيوان بيد ذي اليد .

واذا تداعيا بدابة يديهما فاما ان لا يؤرخا يحكم بالمدعى به مناصفة بينهما لعدم امكان ترجيح احدي البينتين على الاخرى واما ان يؤرخا تاريخاً واحداً فاذا وافق سن الحيوان تاريخهما او اشكل يحكم بالمدعى به بينهما مناصفة واذا لم يوافق تبطل البيّنات واذا وافق سن الحيوان تاريخ احدها واشكل تاريخ الآخر يحكم الى من اشكل تاريخه لسن المدعي به .

مادة ١٧٦٠ [بينة من تاريخه مقدم اولى في دعوى الملك المؤرخ مثلاً اذا ادعى احد على العرصة التي هي في يد آخر باني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليد انها موروثه لي من والدي الذي توفي قبل هذا التاريخ بخمس سنين فترجح بينة ذي اليد وان قال هي موروثه من ابي الذي مات قبل ستة اشهر فترجح بينة الخارج على هذا الحال وكذلك اذا ادعى كل من الخصمين انه اشترى

المدعى به من شخص غير الذي اشترى منه الآخر وبيننا تاريخ تملك بائعهما فترجح بينة في تاريخ تملكه مقدم على الآخر [

والقصد من الملك في هذه المادة هو الملك الذي لم يحصل بسبب غير قابل للتكرار ولا فرق بين ان يكون ملكاً مطلقاً او بسبب متكرر كالشراء وهذا هو قول الشيخين وحجتهم ان من يثبت سبق تاريخ ملكه هو المالك الاول في ذلك التاريخ بلا معارض فلا يتلقى الملك المنازع به الا من جهة واذا تساوى في التاريخ ترجح بينة الخارج (راجع المادة ١٧٥٧)

مادة ١٧٦١ [لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً الا انه اذا لم توافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج فترجح بينة الخارج وان خالف تاريخ كليهما وان لم تكن معلومة فنكون بينة كليهما متهاجرة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد ويبقى له]

والسبب في ذلك هو ان مخالفة السن لما ادعاه مدعي النتاج تكذب دعواه من طريق الحس وما يكذبه الحس من الدعوى لا يكون مسموعاً واذا خالف السن تاريخ كل واحد منهما سقطت بينهما وبترك المدعى به في يد ذي اليد من غير قضاء ولا فرق بين ان يكون المدعيان ذي يد او خارجين او احدهما ذو اليد ففي كل الاحوال ترجح بينة من وافق سن المدعى به برهانه -

مادة ١٧٦٢ [بينة الزيادة اولى مثلاً اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع فترجح بينة من ادعى بالزيادة]

وكذا اذا اختلف البائع والمشتري والمؤجر والمستأجر بالثمن والثمن والمأجور والاجرة ترجح بينة الزيادة في كل الاحوال . وكذا دعوى الارث فلو ادعى اخ لاب على اخيه في دار فقال انها مورثة له عن والدته ولوالده منها الربع وقد توفى ابوه وترك الربع بينه وبين اخيه مشتركاً وادعى المدعي عليه بانها مورثة عن ابيه وله نصفها ترجح بينة الميراث عن الأم لانها بينة

الزيادة - وكذا اذا ادعى المدعى شراء الفرس بالحصان وادعى البائع بيعه بمبلغ معلوم ترجح بينة البائع لان بينة البائع ثني حق المشتري بالحصان وهي بينة الزيادة

مادة ١٧٦٣ [ترجح بينة التملك على بينة العارية مثلاً اذا ادعى احد المالك الذي هو في يد الآخر قائلاً اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعته اياه او وهبته فترجح بينة البيع او الهبة] لان التملك يثبت خلاف الظاهر بالنسبة للعارية ولان في التملك تملك العين والمنفعة وفي العارية تملك المنفعة فقط - وكذلك ترجح بينة التملك على بينة الايداع والغصب فلو ادعى رجل فوساً من آخر قائلاً انك اغتصبت فرسي وادعى المدعى عليه انه انتقل له بالبيع من المدعي ترجح بينة مدعى البيع -

مادة ١٧٦٤ [ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة وبينة الاجارة على بينة الرهن مثلاً اذا ادعى احد على آخر بقوله كنت بعته المال الفلاني اعطني ثمنه وقال المدعي عليه انك وهبته ذلك وسلمتني اياه فترجح بينة البيع] سواء كانت العين المدعي بها بيدها او بيد احدها او بيد الخارج وكذلك في دعوى البيع والاجارة اذ لم يذكر المتدعيان تاريخاً او ارخا تاريخاً واحداً اما لو ارخ احدهما فالبينة للخارج واذا ارخا تاريخين مختلفين يحكم لصاحب التاريخ الاسبق

مادة ١٧٦٥ [ترجح بينة الاطلاق على بينة النقيض في العارية مثلاً اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير قائلاً اني كنت اعرك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه الي في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعركني اياه بان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام فترجح بينة المستعير وتسمع] لان القول قول المعير في تعيين نوع ما ملكه من المنافع وتقيدها فصار التعيين والنقيض اصل والاطلاق خلاف الاصل واذا قيل بان عدم الضمان في العارية

اصل وكان يجب ترجيح بينة التقييد قلنا ان الضمان وعدمه حكان فرعيان عن التقييد والاطلاق والفرع يثبت بثبوت الاصل

مادة ١٧٦٦ [ترجيح بينة الصحة على بينة مرض الموت مثلاً اذا وهب احدٌ مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انها وهبت في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته فترجح بينة الموهوب له] وذلك الحادث يضاف الى اقرب اوقاته وعند فقدان البينة من الطرفين يعمل بقول مدعي المرض . واذا شهد الشهود بوقوع الهبة وقالوا انهم لا يعلمون فيما اذا كان الواهب صحيحاً او مريضاً حين الهبة يحمل التصرف على حال المرض لان التصرف في حال المرض ادنى من التصرف بحال الصحة والادنى محقق والاكثر مشكوك .

مادة ١٧٦٧ [ترجح بينة العقل على بينة الجنون او العته «انظر المادتين ١١٩ و ١١٠»] فلو اشترى احد من آخر مالا ثم حجر عليه لعنه او جنون فادعى ان البيع وقع بحال العته وادعى المشتري البيع في حال الصحة وقبل عروض ما يوجب الحجر ترجح بينة المشتري وكذلك لو اقام المحجور مثل هذه الدعوى بعد رفع الحجر عنه

مادة ١٧٦٨ [اذا اجتمعت بينة الحدوث وبينة القدم فترجح بينة الحدوث مثلاً اذا كان في ملك احد مسيل لا آخر ووقع بينهما اختلافاً في الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه فترجح بينة صاحب الدار] لان بينة القدم في المسيل وامثاله مرجوحة لانها قائمة على الاصل المستند للأستصحاب وبينة الحدوث قائمة على خلاف الاصل وعند فقد البينات يصار الى تخليف مدعى القدم وهذا اذا لم يؤرخ المتدعيان اما اذا ارخا فالسابق اولى لان الشهادة على التار يخ لا تكون مستندة للاستصحاب لان ما يكون قديماً استصحاباً لا يعرف سبب ثبوته . وترجح ايضاً بينة اليسار على بينة العسر وترجح بينة الزوجة في مقدار المفروض وزمان الفرض وبينة الاقالة على بينة البيع وبينة الاجارة على بينة الرد وبينة الشراء بالبيع الصحيح على بينة

الشراء بالبيع الفاسد وبيّنة الزين مع النغير راجحة على بيّنة البيع بثن المثل وبيّنة المؤجر بمقدار الاجرة وبيّنة المستأجر بمقدار المدة وبيّنة المرتهن بتعيين الرهن راجحة على بيّنة الراهن وبيّنة المرتهن راجحة على بيّنة الراهن بالمقدار المرهون و يوجد غير ذلك مسائل عديدة لا يمكن لسكنا بنا هذا ان يسعها لاسيما وهو كتاب مدرسي فعلى من اراد الوقوف عليها ان يراجع امهات الكتب الفقهية وكتاب ترجيح البيّنات للمرحوم العلامة محمود افندي الحمزاوي

مادة ١٧٦٩ [اذا اظهر الطرف الراجع العجز عن البيّنة فتطلب البيّنة من الطرف المرجوح فان اثبت فيها والا يحلف]

وهذا حكم عام بجميع حوادث الترجيح المار ذكرها في هذا الفصل .

مادة ١٧٧٠ [اذا اظهر الطرف الراجع العجز عن الاثبات فحكم بموجب اقامة الطرف المرجوح البيّنة على ماسبق ثم اراد الطرف الراجع اقامة البيّنة فلا يلتفت اليه بعد]

وذلك لان دعوى الطرف المرجوح قد تأيدت بالبيّنة والحكم والقضاء لا ينقض مالم يظهر بطلان ما يستند اليه كابرار وثيقة من خط المحكوم له تتضمن ملكية الطرف المرجوح للمحكوم به او كان المقضى عليه بدعي تلقى الملك في المحكوم به من المحكوم له اكنني ارى ان الصورة الثانية لا تسمع ايضاً للنفاض فيما اذا عجز الطرف الراجع عن البرهان



الفصل الثالث

في القول لمن وتحكيم الحال

لا بدلنا في هذا البحث من معرفة قاعدتين مهمتين الاولى القول لمن شهد له ظاهر الحال والبينة عن لم يشهد له - لا يكلف من كان القول له لحلف اليمين في سائر الاحوال فاذا اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول مع اليمين للمرتهن يستثنى من ذلك بعض مسائل هي :

اولاً : المادة ١٧٧٣ من المجلة -

ثانياً : اذا صرف الوصي على الصغير نفقة المثل يصدق بقوله بلا يمين ولا يحالف الا اذا ظهرت خيائته -

ثالثاً : اذا باع الحاكم مال الصغير وادعى المشتري رد المبيع بخيار العيب يصدق الحاكم بقوله بلا يمين اذا ادعى كون المشتري ابرأ ذمته من العيب -

رابعاً : اذا ادعى رجل على الحاكم بانه اجره مال الوقف او مال اليتيم وانكر الحاكم ذلك يصدق بقوله بلا يمين -

خامساً : اذا اشترى الاب داراً للصغير واختلف مع الشفيع بمقدار الثمن يصدق الاب بقوله بلا يمين -

سادساً : اذا ادعى الشفيع الشفعة بعقار ادعى ان المشتري قد اشتراه وانكر المشتري الشراء وادعى بان العقار لابنه الصغير يصدق بقوله بلا يمين - (٠)

سابعاً : اذا ادعى امين القاضي بانه باع مال المديون وقبض الثمن ودفعه للدائن يصدق بقوله بلا يمين -

مادة ١٧٧١] اذا اختلف الزوج والزوجة في امتعة الدار التي سكنها فينظر

(٠) الا ان ما يتعلق بالشفعة في هذه البنود اصبح لا يعمل به بعد تشكيل الدوائر العقارية

الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبنديقية والسيف او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كاللاواني والمفروشات ترجح بينة الزوجة واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالخلى والبسة النساء فترجح بينة الزوج واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر او بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال مثلاً القروط حلي مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين]

الوجه فيما يصح لاحدهما وقبول البينة من الطرف الآخر فيه لانه يدعي خلاف الظاهر اما الوجه فيما يصح لكليهما هو ان اليد على الدار الذي يسكنه الزوجان وما فيه للزوج عرفاً وعادة فدعواها ماليس في يدها من دعوى الخارج وقد وجب اليمين على مقبول القول لان ذلك القول يتضمن الانكار امام تلك الدعوى المجردة واليمين على المنكرين وكذلك اختلاف المؤجر والمستأجر على الامتعة الموجودة في الدار المأجورة فالقول بذلك للمستأجر لان السكن امانة ليد الساكن والبينة للمؤجر لانه خارج ويدعى خلاف الظاهر اما الاختلاف بين الزوجتين الساكنتين في حجرة واحدة بما يصح لها فيقضي التنصيف بينهما بقولها واذا كانت كل واحدة تسكن غرفة مستقلة فالقول قولها بما في غرفتها . ولا فرق بين ان يكون الزوجان من دين واحد او من اديان مختلفة او كانا كبيرين او صغيرين او كان النكاح قائماً بينهما او غير قائم . وقد حصرت هذه المادة الخلاف في الاشياء الموجودة في الدار التي سكنها اما اختلافهما في غير هذه الاشياء فهو كاختلاف الاجانب في المال تجري فيه باقي احكام هذا الكتاب .

مادة ١٧٧٢ [تقوم الورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن اثبات على ما ذكر فالقول لمن في الحياة منهما مع اليمين في

الاشياء الصالحة لكليهما واذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما]

والسبب في ذلك هو ان يد الوارث تختلف عن يد المورث والموت كما يبطل الذمة يبطل اليد فتبقى اليد للحى فيما يصلح للزوجين وننتقل يد ورثة الزوج على الدار بعد وفاته على ما جاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة وهذه امور ظاهرة لا تحتاج الى تعليل .

مادة ١٧٧٣] اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين [لان الموهوب له ينكر وجوب الرد فيصدق بقوله اما عدم التحليف فسيبه ان الواهب بعد القبض لا يبقى له حق في الموهوب من الحقوق التي تثبت بالبينات عند التجاحد وحق الرجوع من الحقوق المعنوية التي تسقط بوجود احد الموانع ومن جملتها هلاك الموهوب اما لو ادعى الواهب الرجوع بمال موجود بيد الموهوب له مدعياً انه هو المال الموهوب وادعى الموهوب له ان المال الموهوب غير هذا وقد تلف فيحلف اليمين على انكاره هذا اذا عجز الواهب عن الاثبات وكذا اذا اختلف الواهب والموهوب له بشرط العوض صدق الموهوب له بلا يمين .

مادة ١٧٧٤] الامين يصدق بيمينه في براءة ذمته كما اذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع انا رددتها اليك فالقول له مع اليمين ولكن اذا اراد ان يقيم البينة ليخلص من اليمين فتسمع بينته [وكذلك احد الشريكين في مال الشركة والوكيل والمستبضع والمضارب و'قاضي وامينه ووصي القاصر ووصي المحجور وقيم الوقف يصدق كل واحد منهم بقوله الدال على رد الامانة بنفسه او بأمينه او انها تلفت بدون تد وتقصير او صرف منها مقدار كذا على القاصر او الوقف اذا كان ظاهر الحال لا يكذبه وذلك لان الامين منكر لوجوب الضمان وعلى المنكر ان يؤيد انكاره باليمين = اما قول المادة (ولكن اذا اراد الخ) وجهه ان البينات وان كانت لم تشرع للنفي غير ان النفي اذا اشتد ثبوته على فعل حسي يمكن

معابنته مثل الصرف والتلف والرد تسمع به البينة ولا يتوقف قبولها في محل اليمين على رضا الخصم لا مكان احاطة غير المدعى عليه بمفادها .

مادة ١٧٧٥] اذا اعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقداراً من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوباً بدينه الفلاني [

اي ان الديون المختلفة السبب والمتحدة الجنس لشخص اذا ادى المديون واحداً منها فالقول قوله في تعيين جهة الاداء واذا اختلف الجنس بان كان مدينًا بألف ذهباً وبألف فضة وادعى اداء الذهب عن الفضة فالقول للدائن لان قول المديون يخالف الظاهر لانه يتضمن عقد معاوضة بينه وبين الدائن ببيع احد النقدين بالآخر . وقد سكنت المادة عن تحليل المدين اذ لا يمين عليه لان المدين لم يدفع بقوله حقاً يقرره المدعي بدعواه وتقديم اداء احد الدينين على الآخر ليس من حقوق الدائن .

مادة ١٧٧٦] بعدما انقضت مدة اجارة الرحى اراد المستأجر حط حصّة من الاجر مدة انقطاع الماء في اثناء مدة الاجارة ووقع بين الآجر والمستأجر اختلاف ولم تكن هناك بينة ينظر فان كان مقدار مدة الانقطاع مثلاً اذا ادعى المستأجر عشرة ايام والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني ان انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكماً وهو انه اذا كان الماء جارياً في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين واذا كان في ذلك الوقت منقطعاً فالقول للمستأجر مع اليمين [

وقد قبلت الفقرة الاولى من هذه المادة قول المستأجر مع اليمين لان الطرفين قد اتفقا على حصول السبب المسقط فيكون المستأجر بدفعه هذا منكراً لاستحقاق المؤجر للاجرة في مده انقطاع الماء اما اذا اختلفا في اصل انقطاع الماء ينظر الى الحال المشاهد وقت الدعوى ويجعل حكماً وتكون البينة للطرف الذي يدعي خلاف الظاهر

مادة ١٧٧٧] اذا اختلف في طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه حادث او قديم
 وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثاً وطلب رفعه ولم يكن لكلا الطرفين بينة
 ينظر فان كان في وقت الخصومة يجري الماء في المسيل او يعلم جريانه قبل ذلك
 يبقى على حاله ويكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يحلف على عدم كون
 المسيل حادثاً وان كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة ولم يعلم جريانه
 قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين]

اما اذا ادعى المدعى حق اجراء الماء وتسييله تسمع دعواه ولا يكلف لاثبات القدم ولا
 تكفي في ذلك البينة على تسهيل الماء لامكان وقوع التسهيل غصباً او في ارض معارة
 او مأجورة

الفصل الرابع

في التحالف

مادة ١٧٧٨] اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع او كليهما
 او في وصفهما او في جنسهما فيحكم لمن اقام منهما البينة وان اقام كلاهما
 البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال لهما اما
 ان يرضى احدهما بدعوى الآخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرض احدهما
 بدعوى الآخر حلف الحاكم كلاهما على دعوى الآخر وبأ بالمشترى
 فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الآخر واذا حلف كلاهما ففسخ الحاكم
 البيع] انظر المادة (٩)

الفقرة الاولى والثانية ليستا من مسائل الفصل . وانما ذكرتهما المحلة لتصوير ما يقع فيه التحالف فاذا ادعى المدعي بان ثمن الفرس ستة الاف وادعى المشتري بان الثمن خمسة الاف او ادعى المدعي وقوع البيع على الف جياد وادعى المشتري وقوع البيع على الف مغطوشة او ادعى المدعي وقوع البيع على عشرة دنائير وادعى المشتري وقوعه على عشرة دراهم او ادعى المشتري على انه اشترى بقرة وفرساً بخمسة الاف وادعى البائع ان المبيع هو الفرس فقط او ادعى البائع ان الحنطة المباعة جيدورية وادعى المشتري انها بياضية او ادعى البائع انه باع شعيراً او ادعى البائع انه باع حنطة في جميع هذه الصور يحكم لمن اقام بينهما البينة وان اقاما كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما كما هو صريح عبارة هذه المادة . واذا وجدت الزيادة في دعوى كل منهما اقام مدعي الزيادة البينة على دعواه واثبتها فاذا ادعى البائع بانه باع فرساً بخمسة الاف قرش وادعى المشتري بانه اشترى فرساً وجلاً باربعة الاف قرش تطلب البينة من كل منهما على ما ادعاه من الزيادة . واذا عجز من ادعى الزيادة في هذه الاحوال عن اثبات دعواه حلف خصمه اليمين فاذا حلف الخصم وجب الفسخ لتحقق الفساد في هذه العقود بعد الحلف . وقد بدى يمين المشتري لانه اول الخصمين انكاراً ولانه يطالب بالثمن قبل ان يطالب بتسليم المبيع ولا بد من وقوع التحالف على ما ذكر حال قيام المبيع عملاً بمحدث (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفاً وتراداً) ولا تحالف اذا هلك المبيع .

مادة ١٧٧٩ [اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور مع المؤجر في مقدار الاجرة مثلاً بان ادعى المستأجر ان الاجرة عشرة دنائير وادعى المؤجر انها خمسة عشر ديناراً تقبل دعوى من اقام البينة منهما وان اقاما كلاهما معاً البينة يحكم ببينة المؤجر وان عجزا عن الاثبات يحلفان معاً ويبدأ بتحليف المستأجر اولاً ويلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة واذا اختلفا في المدة والمسافة فالحاكم على هذا الوجه الا انه اذا قام كلاهما البينة يحكم ببينة المستأجر ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف] لان اختلاف المستأجر والمؤجر قبل قبض المأجور في بدل الاجارة او نوعه او وصفه او في

مدة الاجارة والمسافة كحكم الاختلاف الحاصل بين البائع والمشتري قبل هلاك المبيع المتقدم ذكره في المادة السابقة ويعتبر بدل الاجارة كالثمن والمنفعة كالمبيع الا انه لا يطرد هنا تحليف المستأجر اولاً لان المستأجر لا يكلف بدفع الاجارة اولاً خلافاً لدفع الثمن في البيع كما ذكرنا ذلك مفصلاً في كتاب البيوع وانما يحلف المستأجر اولاً لانه منكر للزوم الاجارة المدعي بها ولا يقال بان المنفعة زائلة فلا يجوز التحالف عملاً بقيام المبيع لان المنفعة وان كانت زائلة الا ان مكانها موجود .

مادة ١٧٨٠ [اذا اختلف المؤجر والمستأجر كما ذكر في المادة الآنفة بعد انتضاء مدة الاجارة فالقول للمستأجر مع اليمين وليس هنالك تحالف]
وقد قلنا بتحليف المستأجر لانه ينكر الزيادة لان المنفعة الزائلة كالمبيع الهالك . واذا اختلفا في المدة يحلف المؤجر

مادة ١٧٨١ [اذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الاجارة في اثناء مدة الاجارة فيجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية ويكون القول للمستأجر في حصة المدة الباقية] لان المستأجر يستوفي المنفعة مدة بعد مدة ووقتاً بعد وقت فتعتبر المنافع المستقبلية كالمبيع الموجود اما ما مضى من المنفعة هو في حكم المبيع الهالك ويحلف المستأجر من اجله خلافاً للبيع فاذا هلك بعض المبيع يحلف المشتري فقط على ما سيأتي في المادة ١٧٨٢ لان البيع وقع على جميع المبيع لا على اجزائه فاذا هلك البعض نعتذر الفسخ في المقدار الهالك واعتبر الفسخ متعذراً في الباقي ايضاً حذراً من تفرق الصفقة

مادة ١٧٨٢ [اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع في يد المشتري او حدث فيه عيب مانع للرد فلا يجري التحالف ويحلف المدعي فقط] انظر المادة (١١)
لان التحالف بعد تعذر رد العين كلياً او قسمياً غير جائز . ويشترط لصحة هذا الحكم تلف المبيع بيد المشتري فاذا تلف في يد البائع فسخ البيع ويمنع التحالف اذا حصل زيادة متولدة في المبيع متصلة كانت او منفصلة وحصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة او تغير اسمه اما الزيادة المنفصلة غير المتولدة فانها لا تمنع التحالف بالانفاق .

مادة ١٧٨٣ [ليس في دعوى الاجل يعني في كونه مؤجلاً أولاً وفي شرط الخبر وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف وفي الصور الثلاث بحلف المنكر]
 معناه اذا اتفق المتعاقدان على وقوع عقد المعاوضة المستوفى لشروطه وحصل الخلاف فيما لا يؤثر على صحة العقد وفيما ثبت في بعض العقود دون البعض الآخر لا يشرع التحالف كما اذا وقع الخلاف في وقوع العقد وعدم وقوعه والوجه انه لا يوجد دعوتان يقابلهما انكارات وانما يوجد دعوى واحدة يقابلها انكار واحد فيجب تحليف المنكر فقط وكذلك دعوى الاجل ودعوى الخيار ودعوى اشتراط اعطاء الرهن والكفيل لا يجري فيها التحالف . ومن هذا يتضح بان صور الخلاف التي يجب فيها يمين المنكر فقط لا تنحصر في الصور الثلاثة المحررة في المادة .

انتهى كتاب البينات والله سبحانه وتعالى اعلم



الكتاب السادس عشر

[في القضاء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب]

القضاء هو الحكم وفصل الخصومة وهو معروف قبل ظهور الأسلام بدليل قوله تعالى (انا انزلنا التوراة فيه هدى ونور يحكم فيها النبيون) و (يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى) وقد امر به الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى (وان احكم بينهم بما انزل الله) ولا يمكن للحكومة من الحكومات ان تستغني عنه لانه واجب لفصل مايقع بين الناس من النزاع على ما صار محرراً من المباحات . على ان القضاء يقترب من العدل و يبتعد عنه بمقدار متانة طريقه وملائمة اسلوبه فكما كان متيناً واسلوبه ملائماً ظهر عنه نتائج حسنة في عالم الحياة واني ارى العالم باسره مديون الى الشرق الادنى فيما يعود الى القضاء ونظاماته وسهولة وضعه وطرق الاجتهاد العديدة التي لم نترك اصغر الحوادث المدنية بدون نص صريح او ضمني لأن حقوق الرومان وهي اهم الحقوق الغربية واما نقول ان طرق القضاء هي (الماء البارد والماء الحار والحديد المحمي والصليب والمصارعة) وقد ذكرت هذه الحقوق اصولاً بتطبيق هذا القضاء لا نرى حاجة لذكرها واذا رجعنا الى تشريعنا لوجدنا ان القانون عندنا ارهب واعدل واقرب الى تأمين الحياة الاجتماعية من ماسواه وان اصول المحاكمة واعطاء الحكم في الشرع الاسلامي مبينة على سهولة وسرعة لا مثيل لها في عالم التشريع واذا صرنا في الايام الاخيرة الى ما نحن عليه فهذا لم يكن حاصلًا بسبب نقص بالقانون بل ان محصله هو النقص في من تولوا تطبيق القانون . والقضاء في الشرع الاسلامي من اقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى . قال عليه الصلاة والسلام (عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة) وتجري فيه الاحكام من فرض ووجوب واباحة وكراهة . واركانه هي حكم ومحكوم به ومحكوم له ومحكوم عليه وحاكم وطريق اما الطريق فهو اسباب الحكم كالبيّنات واليمين والنكول والدعوى في حقوق العباد والقسامة وعلم الحاكم بالحادثة في قول المتقدمين .

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية

مادة ١٧٨٤ [القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة] ومنه قوله تعالى (وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه) اي حكم . وقد يقصد من القضاء ايضاً ايقاع الحكم من ذي الصلاحية القانونية في الحادثة فيقال لهذا الحاكم حق القضاء في هذه الحادثة او ليس له حق القضاء كما هو محرر في المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

مادة ١٧٨٥ [الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لاحكامها الشروية . . .]

وقد احس الناس من القديم بلزوم الحاكم في كل محيط اجتمع فيه جماعة من البشر ومنه قوله تعالى (انا ارسلناك بالحق نحكّم بين الناس بما اراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً) .

ويجب على الحاكم ان يصدر حكمه بصورة توافق الاحكام المشروعة والا فاذا حكم الحاكم خطأ في حقوق العباد يبطل حكمه واذا نفذ يرد الحق الى صاحبه واذا حكم الحاكم في حقوق العباد جوراً وظلماً واقر بذلك يضمن ما حكم به من ماله ويعزل ويعزر واذا حكم الحاكم في حقوق الله خطأً كحكمه بشهادة الرقيق بحد الزنا او القذف يبطل واذا نفذ فالضمان من بيت المال واذا حكم الحاكم بهذه الحقوق جوراً وظلماً واقر بذلك يضمن ما حكم به من ماله ويعزر .

ويجب ان يكون الحاكم منصوباً من قبل السلطان والا لا يعتبر حكمه الا اذا كان محكماً والحكم غير الحاكم .

مادة ١٧٨٦ [الحكم هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها وهو على قسمين الاول هو الزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت او اعطى الشيء الفلاني الذي ادعى عليك به ويقال لهذا قضاء الالتزام وقضاء الاستحقاق .
والقسم الثاني هو منع الحاكم عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق او انت ممنوع

عن المنازعه ويقال لهذا قضاء الترك . . .]

ويحتز بكلمة الحاكم الواردة في هذه المادة من المصالح لان عمل المصالح يسمى مصالحة لاحكام ولو كان المصالح هو نفس الحاكم وينقسم الحكم الى اثبات والزام . فالاثبات هو ما يثبت في الشرع على وجه عام لكل من قام به سبب كحق الشفعة فالحكم به لمن توفرت به اسبابه والالزام هو ما يثبت بسبب خاص كبذل القرض وثن المبيع وبدل الأجرة لأن الحكم بهذه المسائل ينحصر بمن قام به سبب هذه الافعال .
ويقسم قضاء الترك الى ثلاثة انواع :

الاول في الدين فاذا ادعى المدعي بدين وعجز عن اثباته بعد الانكار وحلف المدعى عليه اليمين يحكم بعدم معارضة المدعى الى المدعى عليه بما ادعاه عليه .
الثاني في العين التي وجدت في يد الشخص الثالث فاذا ادعى اثنان استحقاق عين موجودة بيد شخص ثالث بالاستقلال وعجزا عن الاثبات وحلف ذو اليد اليمين بدعوى كل منهما تبقى العين بيد ذي اليد .

الثالث القضاء في عين موجودة بيد احد المتداعيين فاذا لم يثبت الخارج دعواه وحلف واضع اليد اليمين تبقى العين بيد المدعى عليه ذي اليد .

وفتق قضاء الاستحقاق عن قضاء الترك وجهين : الاول المقضى عليه بقضاء الاستحقاق يكون مقضياً له بتلك الحادثة اما المقضى عليه بقضاء الترك بحادثة تسمع دعواه وينته .
الثاني : الشخص الثالث اذا ادعى ملكية المال المدعى به بالاستحقاق تسمع دعواه اذا ادعاها بعد قضاء الترك ولا تسمع اذا ادعاها بعد قضاء الاستحقاق مالم يدع تلي الملك من جهة المقضى له .
مادة ١٧٨٧ [المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه الحاكم على المحكوم عليه وهو ايفاء

المحكوم عليه حق المدعى في قضاء الالزام وترك المدعى المنازعة في قضاء الترك . . .]
وينقسم المحكوم به الى اربعة اقسام :

الاول : حق الله تعالى كحد الزنا وحد الشرب .
الثاني : حق العبد وهو سائر الحقوق المعروفة في المعاملات .

الثالث : الحق المخرج الذي غلب فيه حق العبد كالتقصاض والتقرير .

الرابع : الحق المزوج منهما الذي غلب فيه حق الله تعالى كجد الفذف وحد السرقة .
مادة ١٧٨٨ [المحكوم عليه هو الذي يحكم عليه] وهذا اما ان يكون معيناً وواحداً او

اكثر من واحد وهذا معلوم واما ان يكون غير معين كالحكم لشخص بجرية اصلية في دعوى شخص
انه معتقه لاجل ان يرثه فالحكم في هذه الصورة يعم سائر الناس لا المحكوم عليه في الدعوى
اما الحكم بوقفية العقار او المملك فهو ليس على سائر الناس لأمكان اقامة الدعوى بالمرقوف من
غير المحكوم عليه .

مادة ١٧٨٩ [المحكوم له هو الذي حكم له] ويشترط للمحكوم له في حقوق العبادات
بكون قدم دعوى صحيحة رأساً او بواسطة وكيله وان يكون حاضراً هو او من يقوم مقامه . اما
في حقوق الله فالمحكوم له هو الشرع ولا يشترط سبق الدعوى في مثل هذه الاحكام وتسمع
فيها الشهادة الحسبة .

مادة ١٧٩٠ [التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل
خصومتهم ودعواهم ويقال لذلك حكم بفتحيتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد
الكاف المفتوحة . . .]

معناه ان الحكم هو تفويض المتنازعين حل ما بينهما من الخلاف من هو اهل للحكم بجميع
شروطه سواء كان المتنازعان شخصين او اكثر فلا يصح فتحكيم الصبي المعيز ولو حكم بعد بلوغه
مالم تلحق هذا الحكم الاجازة .

مادة ١٧٩١ [الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل الحاكم المدعى
عليه الذي يمكن احضاره بالمحكمة] . اي عن الشخص المتواري عن العين ولم يكن احضاره
جبراً ممكناً . وقد عدلت هذه المادة بذييل قانون اصول المحاكمات الحقوقية اذ اصبح بمقتضى هذا
هذا الذيل من واجب الحاكم ان يحكم على المدعى عليه بغيا به اذا تبلغ ولم يحضر دون ان ينصب له
وكيلاً يدافع عنه .

« الباب الاول »

في الحكم ويحتوي على اربعة فصول

* الفصل الاول *

في بيان اوصاف الحاكم

مادة ١٧٩٢ [ينبغي ان يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً واميناً مكيناً متيناً]

الحكيم من يضع الشيء في موضعه وينتظر للامر في وقته فلا يقدم دعوى على دعوى تقدمتها بدون سبب مشروع يدعو تقديمها والاستعجال بها ولا يسرع بفصل الجرائم في ايام الفتن لأن ذلك يزيده في الفوضى . وكذلك الحكيم هو العادل وقد ورد بالكتاب الكريم (ان الله يأمر بالعدل) و (ان الله لا يحب المفسدين) . وكذلك الحكيم هو العاقل لأن العقل قوة لأجل ان تستعد النفوس للأدراك بدينه ولذلك لا بوجه القضاء للأحقق . اما الفهم فهو من كان قادراً على فهم كلام المتداعين واقفاً على ما في ذلك من المعاني من دون تردد ولا تشكيك ومن كان ايضاً واقفاً على وجوه الفقه وعالمًا بالسنة حتى ان الرسول عليه الصلاة والسلام لما ارسل معاذاً الى اليمن سألته بماذا تحكم فاجابه بقول الله تعالى فقال له اذا لم تجد ذلك في كتاب فاجابه بسنة رسوله فقال له واذا لم تجد ذلك فاجابه اجتهد فقال الرسول عليه الصلاة والسلام الحمد لله الذي وفق رسول رسولنا لما يرضى به رسولنا .

اما المستقيم فهو من استقامت اطواره في نفسه وفي معاملته مع غيره فلا يجوز للحاكم ان يكون معنذاً ولا ان يقبل الهدية ولا مرتشياً ولا مختلاً في ناموسه كمحدود في القذف ويجب ان يكون شديداً بدون عنف وليناً بدون ضعف وعبوساً بدون غضب ومتواضعاً من غير وهن ولا يجوز ان يكون سيئ الخلق ، صافي القلب ، خشناً ، شديداً ، جباراً ، متكبراً . اما الأمين فهو الذي لا يخون فيما بيده من الأموال ولا فيما ودع لعهدته من الاحكام ومهام الأمور فلا يجوز ان يكون غداراً او خائناً .

اما الحكيم فهو المتمكن بهذه الصفات من حيث تكون متحققة فيه بنتيجة تربية ثابتة وتعليم صحيح لا عن خوف العزل او خوف اولياء الامر او رغبة في اكتساب الصيت والشهرة لان صفة المسكنة تزول بزوال هذه الاسباب .

اما المتين فهو الشجاع القوي القلب الذي لا تمنعه صولة الامراء واموال الاغنياء عن احقاق الحق والاخذ به للضعيف من القوي .

ولا يخفى ان من اجتمعت فيه هذه الصفات كان اهلاً للحكم بالنظر لجميع قوانين العالم المدنية على انني لم ار قانوناً في العالم جمع صفات الحاكم بصورة سهلة ممنوعة كالمجلة حيث جمعت اوصاف الحاكم فأوعت .

ماده ١٧٩٢ [ينبغي ان يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لها] .

وذلك قبل قبول القضاء فيجب على الحاكم ان يكون قادراً على تفريق المدعى من المدعى عليه ووافقاً على شروط الدعوى ويعرف الفاسد والباطل منها وان لا يهجم على القضاء وهو يجمل المسائل الشرعية

ماده ١٧٩٤ [يلزم ان يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي] .

فالتمييز التام يحصل بكمال العقل وتوفر الحواس اما ناقص العقل فقلوله لا ينفذ على نفسه حتى ينفذ على غيره وكذلك فانه لا يميز بين الطرفين والشهود وقد قبلت اشارة الاخرس بحق نفسه تأمينا لاحتياجاته وهنا لا حاجة لقبول حكمه . اما الذكورة فهي ليست بشرط للحكم وقال ابو حنيفة انها تقضى بغير الحدود والقصاص وكذلك العداوة فانها وان تكن لا تتمتع القضاء عند اكثر الفقهاء الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية احدث طريق رد الحاكم للقاضي اذا وجد بينه وبين احد الطرفين عداوة الا ان هذا مقيد بالطلب من احد الخصمين او بانسحاب القاضي من الدعوى اذا آس من نفسه ميلاً لأضرار عدوه بقوة وظيفته .

* الفصل الثاني *

(في بيان آداب الحاكم)

الاداب جمع الادب والادب هو التخلق بالمزايا الحسنة في معاشرة الناس ومعاملتهم وادب الحاكم هو بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والحفاظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة .

ماده ١٧٩٥ [يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس]

اي ان يكون الحاكم مثال الوقار وان يجتنب كل عمل يضعفه كالدخلول في عقود المعاوضة لنفسه في مجلس الحاكم مع الطرفين او غيرهما وكذلك الملاطفة لان هذه العقود والاعمال تقع غالباً بين الاشخاص ذوي الصفات المتقاربة . ويجب على الحاكم ان يجتنب المزاح ايضاً ولو لاجل تطيب القلوب ولو في غير مجلس الحاكم حتى ان عمراً رضي الله تعالى عنه لما عين شريحاً قاضياً اشترط عليه أن لا يشتغل بالبيع والشراء وان لا يأخذ الرشوة . ويجوز للحاكم ان يبيع ويشترى لغيره اي لليتيم مثلاً وله ان يبيع مال الميت . وعلى كتاب الحاكم وامنائه ان يكونوا قادرين على تدوين الوقائع وحفظ اوراق الضبط والسجلات والأوراق وعلى الخدمة ان يحافظوا على مهابة المجلس ويمنعوا الناس من التشويش ومن الحركات المخلة بالآداب

ماده ١٧٩٦ [الحاكم لا يقبل هدية اي كان من الخصمين] . لانه يأخذ رزقه من بيت المال بمقابل حبس نفسه . وليس له ايضاً ان يأخذ سلعة بأقل من قيمتها او مأجوراً بأقل من اجرتها او ان يستقرض او ان يستعير مالاً من احد الطرفين وقد قال تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال الناس وانتم تعلمون) . اما الهدية الى الحاكم من قريبه او صديقه بالقدر الذي كان يهدي له فليست برشوة ولا محظورة . وكذا لا يجوز للحاكم ان يأخذ هدية غير الخصمين واذا اخذ الحاكم هدية وجب عليه ردها

عيناً او مثلاً او قيمة لانها بحكم المال المنسوب . ويجوز للحاكم ان يقبل الهدية من قلده القضاء ومن رحمه ومن صديقه الذي كان يهديه قبل ان يتقلد القضاء انما يجب ان لا يكون للمهدي دعوى عند الحاكم المهدي له .

وقد قال عمر بن عبد العزيز (كانت الهدية في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة) وانما الهدية للحاكم من القريب والصديق الذي اعتاد مهاداته قبل الحكم فليست بمحظورة عليه اذا كانت بقدر ما كان معتاداً ولم تكن له عنده دعوى . واذا علم الحاكم بصاحب الهدية ردها له والا ردها لبيت المال كما فعل عمر بالهدايا التي ضبطها من ابي هريرة . ولا فرق ان يكون الاعطاء قبل الحكم او بعده لاتحاد العملة .

بقي علينا مسألة واحدة وهي هل ان الحاكم اذا حكم بعد اخذ الرشوة حكماً موافقاً للشرع والقانون يتنفذ حكمه او لا ينفذ تلك مسألة يختلف بها والاصح اعتبار حكمه اذا كان موافقاً للشرع والقانون .

مادة ١٦٩٧ : [الحاكم لا يذهب الى ضيافة اي كان من الخصمين]
سواء كانت الضيافة عامة او خاصة بالحاكم لما في ذلك من كسر قلب الطرف الاخر وحصول الظن الغالب عنده بان الحاكم سيحكم عليه اما العامة فاذا كانت عند غير الخصمين فيمكن للحاكم ان يلبي الدعوة من اجلها اما الخاصة وهي الضيافة التي لا يلبي المدعوون من اجلها الدعوة الا اذا ذهب القاضي فليس للحاكم ان يذهب اليها الا اذا كان صاحب الدعوة من ذي رحم القاضي ومحرمه او كان قد اعتاد بان يدعيه قبل ان يتقلد القضاء . اما الجنائز وعبادة المريض فلا يمنع الحاكم من الذهاب اليها ولو كان الميت او المريض من الخصمين او من احد اقربائه

مادة ١٧٩٨ [الحاكم لا يوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن]
كقبول احد الطرفين في داره والخلو في مجلس الحكم معه او الاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهما كلاماً خفيفاً او قوله لاحدهما كلاماً بلسان لم يفهمه الاخر . . .]

والاصل في المتع قوله (صلعم) [دع ما يريك الى ما لا يريك] لان ذلك يجلب الريبة في قلب الطرف الآخر بان الحاكم متواطئ مع خصمه على ابطال حقه . وللحاكم ان بدعي الطرفين لضيافة واحدة او لداره . وليس له ان يصيح في وجه احد الخصمين ولا ان يحقره وله تعزيزه اذا انتهك حرمة القضاء والمجلس وليس له ذلك اذا شتم خصمه لان سيق الدعوى من شروط الحكم (راجع المادة ٢٩ ، ١٠ من المجلة والمادة ٢١٤ من قانون الجزاء) (١) . وليس للحاكم ان يقبل استدعاءات من احد والاليق به الانتظار الى نهاية المجلس .

ماده ١٧٩٩ [الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزمه ان يراعى العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمات كاجلاس انظرين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما وان كان احدهما من الاشراف والآخر من احد الناس] وليس له تفضيل احدهما على الآخر ولو كان اشرف او اعلم او اتمن او اصلح منه ودليل هذه المسئلة قوله (صلعم) (اذا ابتلى احدهم بالقضاء فليسو بين الخصوم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر) . اما تلقين احد الطرفين دعواه ودفاعه بصورة توافق قوله تمام الموافقة اذا كان لا يقدر على اصاغة الكلام وايضاح المرام فهو ليس بممنوع عند ابي يوسف وقد قبل ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية هذا القول كما وان قانون حكام الصلح وقانون اصول المحاكمات الشرعية قد قبلاه ووضعاه موضع العمل والتنفيذ اما تلقينه من الكلام ما لم يقله فهذا غير جائز بالاجماع وكذلك تلقين الحاكم الالفاظ الذي توجب قبول شهادة الشاهد كسؤاله عن اسم اب وجد المشهود عليه الغائب وقوله له هل تشهد بما قلت جائز اما تلقينه ما يزيد عما تكلم به فغير جائز بالاتفاق ممن ادعى بالف واقام بيعة على الفين فليس للحاكم ان يقول للشاهد لعل المدعي ابرأ المدعى عليه من الف .

(١) لكن قانون اصول المحاكمات اجاز للحاكم توقيف احد الطرفين اذا حضر الطرف الاخر وارساله الى المحكمة الايجابية لان تحقير الخصم رفيقه في مجلس القضاء يعتبر تحقيراً خطاً من كرامة المجلس

الفصل الثالث

[في بيان وظائف الحاكم]

مادة ١٨٠٠ [الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء المحكمة والحكم] والحاكم اكبر حاكم مدني على الامة في فصل الخصومات بين الافراد وقد ثبت ذلك بمباشرة الرسل كثير من الدعاوي بانفسهم كداود وسليمان ومحمد عليهم صلواة الله اجمعين وكذلك الخلفاء الراشدين وبنو امية فقد باشرؤا الحكم بانفسهم اما القضاة حيث كانوا منصوبين من قبل الملوك وحكمهم يستند نفاذه على نفوذ يرضهم فصار حكمهم من قبل الوكالة اما القول بان الحاكم وكيل السلطات فليس له ان ينظر بالدعوى المقامة للسلطان او عليه فهو غير مقبول لان متانة الحاكم وعدم امكان رؤية الدعوى بدون واسطة وعدم وجود مانع قبول الشهادة بين الحاكم واحد الطرفين مانع لقبول هذا الرأي واذا رجعنا الى التاريخ نرى ان علياً تحاكم مع موسوي عند شريح وهارون الرشيد تحاكم مع مسيحي عند ابي يوسف وصدر الحكم في الحادثتين على حاكم الامة العام والمدقق في سيرة هذين الحاكمين يعلم ان كل واحد منهما قد دخل في تلك المحكمة ليميز مقدار ما عند حاكمه من المتانة وليكون ذلك حجة للسلف ولا يقال بان للسلطان عزل الحاكم من قضائه وان الحاكم المهدد بالعزل لا يمكنه ان يحيد قيد اثملة عن امر السلطان لان الحاكم لا يعزل الا اذا اقترف امراً يوجب عزله وقد ورد في شرح المجلة للاستاذ علي حيدر افندي بان الحاكم وكيل عن السلطان فتسقط وظيفته بالامور التي بها تسقط الوكالة وهي العزل والانعزال الا انني ارى ان الحاكم وان كان وكيلاً عن الملك الا انه لا يعزل من الوكالة لهذه الاسباب لتعلق حق الغير - وهو حق الامة - بها

مادة ١٨٠١ [القضاء يتقيد وتخصص بالزمن والمكان واستثناء بعض

الخصومات مثلاً الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم في قضاء آخر والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بان تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني للملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم

ان يستمع تلك الدعوى ويحكم بها او كان الحاكم بمحكمة ماذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها وكذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل فلا ينفذ حكمه . . .]

بما ان الحاكم وكيل من قبل السلطان فالقضاء ايضاً يتقيد بالزمان والمكان و ببعض الخصوصات ويضاف الى الزمان المستقبل و يعلق على الشرط كالوكالة فلو منع الحاكم مثلاً من سماع الدعوى لمرو الزمن او لكونها من دعاوي التصرف بالاموال غير المنقولة التي منع قانون التصرف سماعها بدون مستند خاقاني في الاماكن التي جرى فيها التحرير والتحديد فليس له ان يرى تلك الدعوى واذا رآها يفسخ حكمه او يتقض وكذلك ما يسلب وظيفة الحاكم من حادثة معلومة كروية دعوى العقار في القضاء الذي وجد به العقار وروية دعوى الدين في محكمة المدين الدائمة والموقفة الى آخر ما هنالك من المسائل الوارد ذكرها في المادة الاولى من ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية فهي امور توجب على الحاكم رد الدعوى اذا طلب الخصم ردها قبل اعطاء الجواب بحق اساس الدعوى على ماورد في المادة التاسعة والاربعين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية . ولا فرق بين ان يكون مامنع الحاكم عن رؤيته من الدعاوي موافق لرأي السادة الحنفية او لرأي غيرهم من الفقهاء كالنصوص الواردة في قرار حقوق العائلة العثماني ومسئلة التفريق المنصوص عنها بامر المشيخة الاسلامية عند عياب الزوج عن المدينة وترك الزوجة بدون نفقة ولا منفق لان الحاكم مجبور على العمل برأي اي مجتهد كان بعد صدور الامر السلطاني القاضي بلزوم العمل بمقتضاه .

اما عبارة (الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة الخ) ليست باحترازية لان للسلطان ان ياذن للحاكم بروية الدعاوي بدون تقييد بمدة والسبب لهذا التقييد هو اعطاء الوقت المناسب الى الحكام ليتدبروا بخلاله من الراحة والتجصيل والتخلص من متاعب القضاء التي كانت عبئاً ثقيلاً فيما مضى وسبباً لعدم اقدام الناس على نقل ذمام الامور .

وبما ان المسائل في التي منع الحكام من رؤيتها كثيرة فقد وجدنا من الضرورة تسهيلا للمراجعة ذكر بعضها وهي -

١ دعاوي مرور الزمان على اختلافه وانواعه

٢ عدم تسجيل الوقف للمديون - حيث منع المديون من الوقف بالارادة السلطانية -

٣ دعاوي المواضعة والاسم المستعار (راجع الفقرة الموقفة للمادة الرابعة من قانون التصرف في الاموال غير المنقولة -

٤ دعاوي الفراغ بالوفاء في الاراضي الاميرية اذا لم تربط بالسند (راجع الارادة السنية المؤرخة في ٢٦ ايلول سنة ٧٨

٥ دعاوي الفراغ المجاني بشرط الاعاشة اذا لم تربط بالسندات -

٦ دعاوي الرهن والشروط والوفاء والاستئلال الغير مذكورة بالسند

مادة ١٨٠٢ [ليس لاحد الحاكمين المنصوبين لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها واذا فعل فلا ينفذ حكمه راجع مادة (١٦٦٥)

لان الحاكم لم ينصب لرؤية انقضايا مستقلاً فليس له الاختصاص والاستقلال بها خلافاً للوكالة فان احد وكيلي الحضور ينفرد كما مر ذلك في باب الوكالة وهذا يرجع الى قدرة الوكيل الواحد على القيام بالعمل وعدم امكان استماع قول الوكيلين في وقت ومكان واحد ولم يجز التعامل في بلادنا على نصب حاكمين مختلفين معاً اما لوتعين كل واحد من الحاكمين مستقلاً ومنفرداً عن الآخر كما هو الحال في القاضي ومشاوره والحاكم ومعاونيه فلكل منهما حق القضاء بالقضية التي يختص بها عما سواه -

مادة ١٨٠٣ [اذا طاب احد الخصمين المرافعة في حضور حاكم وطالب الآخر المرافعة في حضور الآخر في البلدة التي تعددت حكمها ووقع الأختلاف بينهما بهذا الوجه فيرجع الحاكم الذي اختاره المدعى عليه ٠٠٠]

وذلك في بلدة تعدد بها الحكام في مناطق البلدة الواحدة قبل وضع المجلة والامر بالعمل

بمقتضاها على ما اري لأن المدعى يختار الحاكم الذي يحكم له ولو بمسند ضعيف وهو قول الأمام الثالث الذي كانت راجعاً قبل وضع المجلة اما اليوم فلا يوجد في بلادنا حكام للمناطق المختلفة لأمكن الدفع بمثل هذه المادة ولا يقال بأن حاكم الشرع ومشاوره او حاكم الصلح ومعاونوه حكام متعددون لأنهم يرون الدعاوي ضمن منطقة واحدة وكانت فيما مضى مدينة دمشق منقسمة الى سبع مناطق في كل واحدة منها نائب للحاكم الشرعي . وقد تقدم طلبات كثيرة في محكمة شرعية دمشق بطلب رؤية الدعوى بحضور حاكم دون آخر وكان رأي حكام الشرع ومحكمة التمييز مختلفاً فاعتبرت اولاً هذه المادة ثم لم تعتبرها بداعي ان الحاكم في المحكمة الشرعية هو القاضي فقط والمشاور نائبه عنه يرى ما يحيله القاضي له من الدعاوي .

واذا رجعنا الى الماضي نرى ان في القاهرة حكام شرع اربعة يحكم كل واحد منهم على مذهب من المذاهب الاربعة ففي تلك البلدة يختار الحاكم الذي يختاره المدعى عليه بالاستناد الى مذهبه وكذلك حكام الشرع في الاسكندرية فانهم كانوا ثلاثة اقدم في استانبول والثاني في طاعن والثالث في اسكندرية وكل منهم يحكم فيما يحصل من الحوادث ضمن دائرة قضائه ففي مثل هذا البلد يجب مراعاة قول المدعى عليه باختيار الحاكم .

مادة ١٨٠٤ [اذا عزل الحاكم ولاجل عدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة فيكون حكمه صحيحاً ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه . . .]

وكذلك عزله نفسه فانه يتوقف على وصول الخبر الى من ولاه صيانة لحقوق الناس وقد قال ابو يوسف انه لا يعزل مالم يعلم خلفه وهذا غير واضح لأن وصول الخلف ليس بشرط لتمام العزل والانزال بوصول الخبر الى الحاكم او الى من ولاه .
ويعلم من هذه المادة ان الحاكم يعزل بذنب [كالظلم والفسق والارشاء] وبدونه لانها وردت مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه ويكون العزل فجراً ومعلقاً واذا كان معلقاً فلا يقع الا عند وقوع ما علق عليه

مادة ١٨٠٥ [للحاكم ان ينصب ويعزل النائب ان كان مأذوناً بذلك والا فلا

ولا يعزل نائبه بعزله او وفاته راجع مادة ١٤٦٦ بناء عليه اذا توفي حاكم قضاء فلناثبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره ٠٠٠]

وجه الفقرة الاولى ان الحاكم يعين نائبه اذا كان مأذوناً بذلك وعند عدم الاذن لا تكون المَعذرة من سفر او مرض مسوعة لنصب النائب اما اذا قال المولى للقاضي عين من شئت واعزل من شئت فله العزل والنصب وتنفيذ قضاء النائب غير المأذون اذا حكم باذن الحاكم او اجازته كما ينفذ قضاء الفضولي بالاجازة ولا ينزل القاضي بوفاة من ولاه خلافاً للوكالة لان ولاية السلطان مشتقة من مبايعة الامة وهو وكيل عنها فلا يقطع حكم توكيله بوفاته خلافاً للوكالة

مادة ١٨٦ [للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضاً ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو انه اذا استمع الحاكم بينة في حق دعوى واخبر بها النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة والنائب مأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانتهى الى الحاكم فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأذوناً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانتهائه ويلزمه ان يستمع البينة بالذات ٠] وهذا الحكم ينحصر بالحاكم القائم على وظيفته اما اذا عزل الحاكم بعد ان سمع البينة وزكاه فليس لنائبه ولا خلفه ان يحكم بالبينة السابقة ٠ وهذه هي القاعدة المتبعة في المحاكم الشرعية قبل صدور قانون اصول المحاكمات الشرعية اما بعد ان صدر هذا القانون صار بإمكان الحاكم ان يحكم بالبينة التي سمعها من كان قبله في قضاؤه =

مادة ١٨٧ [للحاكم في قضاء ان يستمع دعوى الاراضي التي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعاوي ٠٠] اي للحاكم ان يستمع دعوى العقار — ولو كان خارجاً عن قضاؤه — على المدعى عليه المقيم في

قضائه ولو مؤقتاً على ما جاء بتصحيح قاضيخان لان حاكم الحادثة يتعين من جهة المدعى عليه والمدعى لا المدعى به وقال صاحب الكنزان دعوى العقار تقام في الحل الموجود به العقار لأن هذا الحاكم فقط يقدر على انفاذ الحكم واجرائه ومع ان هذا القول ضعيف فان قانون اصول المحاكمات الحقوقية قد قبله في الفقرة الرابعة من ذيله وامر باقامة دعوى العقار لدى حاكم القضاء الموجود به العقار لا لدى الحاكم الذي وجد به المدعى عليه وصار من الواجب اعتبار حكم هذه المادة منسوخاً . وبما ان هذه القضية لتعلق بالصلاحية لا بالوظيفة لذلك فليس للحاكم ان يرد مثل هذه الدعوى عفواً بدون طلب من المدعى عليه اذا اقيمت لدى حاكم قضاء المدعى عليه .

مادة ١٨٠٨ [يشترط ان لا يكون المحكوم له احداً من اصول الحاكم وفروعه وان لا يكون زوجته وشر يكمه في المال الذي سيجم به واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقتة بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى احد هؤلاء ويحكم له . . .]

والضابط في ذلك هو ان الحاكم ليس له ان يحكم لمن تر شهادته له وهذا ينحصر بالمحكوم له لا بالمحكوم عليه فاذا وجب الحكم على من ترد شهادة الحاكم له فللحاكم ان يحكم عليه وينفذ حكمه هذا لعدم وجود التهمة وكذلك ليس للحاكم ان يحكم لنفسه او لوكيله او لشر يكمه في مال الشركة او لوصي في وصية مشتركة بين الوصي والحاكم . يستثنى من ذلك ما لو كانت الحاكم مديوناً لمتوف وحكم بصحة وصاية الوصي ثم دفع اليه ما عليه من الدين فحكمه ينفذ ويسقط ما عليه من الدين لانه لم يقض لنفسه قسداً اما لو دفع اليه الدين ثم حكم له بالوصاية لا يصح ومثله ما لو حكم بصحة وقف موقوف على الملاء وكان هو منهم اما لو حكم بصحة وقف موقوف عليه وحده لا يصح وله ان يحكم لام زوجته وروجة ابيه واخيه واخته وفيما تحت نظره من الاوقاف .

ولذا رجعنا الى قانون اصول المحاكمات الحقوقية نرى فيه بحثاً مطولاً فيما يعود الى رد الحاكم وقد وضع هذا القانون اشكالاً مخصوصة للرد لا يجوز تركها ولا العمل بخلافها ومنها كون الدعوى مختصة بالحاكم او كان يستفيد من الحكم رأساً او بالواسطة لذلك نقول ان حكم هذه المادة صار مقيداً ايضاً بالقانون المذكور وصار بإمكان الحاكم ان يري الدعوى مهما كان طرفاها ولا يرد بدون طلب قانوني .

مادة ١٨٠٩ [اذا كان لاجد دعوى مع حاكم بلدة او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فان كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكم اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره ترافعا في حضور حكم نصابه برضاها او في حضور نائب ذلك الحاكم ان كان مأذونا بنصب النائب او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فان لم يرض الطرفان باحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان . . .]

والاصل في ذلك ما قررناه قبلاً من عدم جواز حكم الحاكم لنفسه او لمن لا تقبل شهادته لهم وفي السير ان عمراً كانت له دعوى ايام خلافته مع ابى هريرة فحكم بها زيد بن ثابت رضى الله عنه فحكم بينهما . وعلى المدعى عليه اجابة الدعوى وطالب الرد كما قلنا والا حكم الحاكم عليه غياباً لدخول الحادثة ضمن ولايته . ويشترط رضا الطرفين في التحكيم . وقد قال الامام الثالث باجبار الطرف الآخر على التحكيم — كما هو الحكم بالتحكيم الاجباري في قانون التجارة — ووجه هذا الرأي فيما اذا تعذرت باقي الطرق المبحوث عنها في هذه المادة اما استدعاء المولى فهو حق من حقوق المدعي وحده دون المدعي عليه .

مادة ١٨١٠ [ينبغي للحاكم ان يراعي الاقدم فالأقدم في رؤية الدعاوي ولكن اذا كان تعجيل دعوى ورودها مؤخر من ايجاب الحال والمصلحة فيقدم رؤيتها .]

لان من وردت دعواه اولاً اكتسب حق تعجيلها على غيرها من الدعاوي التي وردت مؤخراً واذا كان احد اصحاب الدعاوي قروياً مثلاً يتعذر عليه المبيت داخل المدينة قدم الحاكم له دعواه ورجعها وكذلك دعاوي الافلاس على ما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية فأنه ترجع على غيرها من الدعاوي لوجوب السرعة بأمثالها ولتعلقها بالحقوق العامة .

مادة ١٨١١ [يجوز استفتاء الحاكم من غيره عند الحاجة . . .]

اي اذا اشتبه الحاكم في فهم مسألة من الحوادث المعروضة عليه كالتمقيق في التناقض او حل الخلاف الموجود بين الدعوى والشهادة او بين الشهادتين فيستفتي من علماء مصره شفاهاً او بتقرير

او من علماء مصر آخر اذا اشتبه بفتوى علماء مصره وبهذه الصورة يجوز له تأخير الحكم الى ان يتجه رأيه ويطحن قلبه لنفسه او لقول من استفتاه من الفقهاء واذا كان الحاكم ليس من اهل الرأي بل كان من المقلدين فيجب عليه العمل حسب الفتوى الواردة له من المفتي المعين للفتوى في مصره .

اما المفتي فلا بد وان يكون من المجتهدين على ما جاء في علم الاصول وبما ان باب الاجتهاد قد صار منسداً في زماننا فصار من واجب المفتين ان يبينوا في فتواهم الكتاب الذي نقلوا منه المسئلة التي اجابوا عنها .

ويجب على المفتي ان يكون صالحاً لا فاسقاً ومتيقظاً واقفاً على حبل الناس ودسائسها وغير اصم .

مادة ١٨١٢ [ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة الفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم .]

اي ان ما يعرض ويزول سريعاً على العقل الكامل من العوارض لا يبطل اهلية الحاكم فاذا تمكن من الحكم مع وجود احدها فحكمه نافذ والاحوط ان لا يشتغل بالنظر في الدعاوي عند عروض احدي هذه العوارض والاصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقضي القاضي وهو غضبان » واذا زادت هذه العوارض في الحكم وصار الحاكم لا يدرك الزاجح من المرجوح ولا يفرق بين المدعي والمدعى عليه فيجب عليه ان يمتنع عن الحكم واذا حكمه لا ينفذ حكمه .

مادة ١٨١٣ [ينبغي للحاكم ان يدقق في اجراء المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التأخير]

اي على الحاكم ان يصنى لدعوى المدعي ليفهم انها من اي نوع من انواع الدعاوي وماذا يشترط لصحة الادعاء بمثلها وكذلك لجواب المدعى عليه ليفهم انه اقرار او انكار او دعوى دفع وان يكون مع ذلك حريصاً على انجاز الدعاوي بعيداً عن البطائة واضاعت الوقت بسفاسف الامور لان ذلك يوجب ضياع ثقة الناس من القضاء والقضاة ويسبب الضعف في حركة التجارة

والصناعة في مدينة الحاكم وهذه امور كلها توجب ضرراً لا يقبل التلافي . وفي الهندية ليس للحاكم ان يهدد الطرفين او احدهما لان ذلك موجب لقطع حجة الطرفين .

ماده ١٨١ z [يضع الحاكم في المحكمة دفتر للسجلات ويجرر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكور الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه ٠٠٠]

وكانت السجلات فيما سبق تقسم في الحاكم الشرعية الى اربعة اقسام الاول السجلات التي يقيد بها الحاكم نصب الاولياء والثاني السجلات التي يقيد بها نصب القيم والثالث سجلات النفقات والرابع سجلات الاحكام .

ويطلق على الاعلام الحكم الشرعي الحاوي على خاتم الحاكم وامضائه وهذا يحتوي على دعوى المدعي ودفع المدعى عليه وادلة الحكم المستند اليها . اما الحجة فهي الورقة الموقعة من الحاكم والمتضمنة اقرار احد وتصديق آخر بحضور الحاكم دون ان تكون محتوية على حكم الحاكم . كالاستدانات والبيوع القطعية وبيع الوفاء وفراغ الوفاء وفك الفراغ والافالة والاجارة والكفالة والحالة والهبة والتسليم وتحميل الشهادات والوكالات ونفي الملك والمصالحات واثبات الرشد والابراء وعقود المزارعة والمأفاة والمضاربات ونصب الوصي . (١)

ويجب على الحاكم الشرعية ان تحفظ هذه السجلات سواء كانت اشترت بمال الحكومة او بمال الطرفين المتحكماين او بمال احدهما لما في ذلك من الفوائد العظيمة في حفظ الحقوق من الضياع وصيانتها لان هذه السجلات انما وضعت لحفظ حقوق الناس لا للتجارة .

i

(١) وقدمت حكاهم الشرع اخيراً من تنظيم اكثر هذه الصكوك كما يظهر من اصول المحاكمات الشرعية وقانون كتاب العدل .

* الفصل الرابع *

(يتعلق بصورة المحاكمة)

المادة ١٨١٥ [يجري المحاكم المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ٠٠٠]

وقد اطرده العمل في عصر الشارع وخلفائه على اجراء المحاكمة في اشهر المجالس لأن ذلك يرفع التهمة عن الحكم ويوجب الرفق بالناس ويعان العدل فلا يسوغ اذا لاعوان الحكم طرد الناس من بهو المحكمة ما لم يخلوا بالادب ويجريان المحاكمة (١)

ولا يجوز للحاكم ان يفشي رأيه قبل الحكم مخافة احتيال الطرف الذي يحكم عليه واتباع الطرق غير المشروعة التي تؤدي الى اضاءة حق خصمه او تواريه عن الجلسة لتطويل امد المحاكمة والابتعاد عن التنفيذ على ان افشاء الرأي يوجب التهمة ويزيل مهابة الحكم (٢)

مادة ١٨١٦ [اذا اتى الطرفان الى حضور المحاكم لاجل المحاكمة فيأمر المدعي اولاً بالتقرير وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ثم يطلب جواب المدعي عليه ثانياً وهو ان يسأله بقوله ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت ٠٠٠]

وهذا موافق لما جاء بقانون اصول المحاكمات الشرعية القاضي بضبط دعوى المدعي اولاً وعدم ضبط الدعوى تحريراً انما يضرب بالمدعي لان الحكم اذا سمع دعوى المدعي ودفع المدعي عليه بالصورة الشفاهية يمكن للمدعي عليه ان يأتي بدفع جديد بعد ان يرى ان اسباب الحكم قد تبينت اما اذا ضبطت المحكمة الافادات بالصورة التحريرية فيتعذر على المدعي عليه الا تيان بدفع جديد ولا يجوز للحاكم رد سلام الطرفين المتداعيين او احدهما اذا سلم عليه لما في ذلك من التهمة

(١) وقد وضعت قوانين الاصول حدوداً لاصول المحاكمة وعينت الجزاء الواجب اتباعه بحق من يشوش على الحكم حين المحاكمة

(٢) وقد اعتبر شراح قانون اصول المحاكمات الحقوقية افشاء الرأي من موجبات رد الحكم

ويجب رد السلام الى الشهود لوجوب اكرامهم . وعلى المدعي بيان دعواه وتصحيحها وليس للحاكم تصحيح دعوى المدعي او تصحيح دفع المدعي عليه لما في ذلك من تهمة اعانة احد الخصمين وليس للحاكم تكليف المدعي عليه لاعطاء الجواب الا بعد تصحيح المدعي دعواه واذا كانت دعوى المدعي غير صحيحة ولا يمكن تصحيحها يردها الحاكم دون استجواب المدعي عليه .

مادة ١٨١٧ [اذا اقر المدعي عليه الزمة الحاكم باقراره ونكر طلب البينة

من المدعي]

وجه الالتزام هو ان الاقرار حجة بنفسه على وجوب الحق المقر به والقضاء بعده هو الزام بما اقر به المدعي عليه وليس حكماً على طريق الحقيقة خلافاً للبينة فأنها حجة متعديّة فلا يثبت الحق المدعي به بمقتضاها بدون حكم الحاكم على ما سيأتي في المادة ٢٨١٨ وكذلك فان الاقرار بحضور غير الحاكم موجب للالتزام أما البينة المستمعة في غير حضور الحاكم لا يلحق بها القضاء والحكم . ويسوغ للمدعي عليه انكار دعوى المدعي ولو كان انكاره مخالفاً للحقيقة كما نكر دعوى استحقاق المال من المشتري وانكار دعوى الرد بالعيب القديم على المشتري ليتمكن بعد الاثبات من الرجوع على بائعه بالثمن او ارجاع المعيب اليه وكذلك الوصي المدعي عليه بدين فله انكار الدعوى لتمكين المدعي من اثباتها والرجوع على مال الصغير المتروك له من الموصي المدينون .

لاحقة

كتاب القاضي الى القاضي ويحتوي على مقدمة وسنة مباحث

المقدمة

في بعض ايضاحات واصطلاحات فقهية تتعلق بكتاب القاضي الى القاضي

كتاب القاضي الى القاضي او الكتاب الحكمي هو المكتوب الذي يرسله القاضي الى قاضي آخر بحق دعوى المدعي التي سمعها وسمع بها الشهود وزكاها بدون حضور المدعى عليه وبدون حضور وكيله ، وهذا الكتاب هو نقل الشهادة حقيقة وليس للحاكم الذي سمع الدعوى والشهادة ان يحكم بها لعدم امكان القضاء على الغائب عند الخفية . والقياس هو عدم تجوز هذا الكتاب لان الحاكم الكاتب لو ذهب بذاته الى الحاكم المكتوب اليه ونقل ما كتبه في كتابه بالحرف لما جاز للحاكم المخاطب ان يحكم بمقتضى قول الحاكم الكاتب والكتاب بدلاً من الخطاب على ان الكتاب قابل للتبديل والتحريف والتزوير والخطاب لا يقبل شيئاً من ذلك انما قد جوز ذلك للضرورة . واذا سئلنا ان المدعي اذا اراد اثبات دعواه على الغائب يمكنه اقامة شهوده لدى الحاكم وتحميل الشهادة لغير الشهود واستماع شهود الفرع في حضور حاكم بلد المدعى عليه ولذلك لافائدة من كتاب القاضي اجتناباً من تحميل الشهادة الى الفرع التي قد لا تأتي غالباً بفائدة لوجوب تزكية شهود الاصل والفرع وهذا يعسر اجراؤه في بلد المدعى عليه . واذا سئلنا بان المادة ١٨٣٤ من المجلة اجازت للحاكم ان يحكم بغياب المدعى عليه فلا ضرورة اذا لكتاب القاضي قلنا ان الحاكم يحكم على المدعى عليه المقيم ضمن دائرة قضائه وقد جوز كتاب القاضي بحق المدعى عليه المقيم خارج دائرة القضاء وفوق مسافة السفر .

المبحث الاول

(في شروط كتاب الحكمي)

يشتري وجود مسافة السفر بين الحاكم الكتاب وبين الحاكم المكتوب اليه عند الامام الاعظم - كما هو شرط الشهادة على الشهادة - - وعند محمد يجوز الكتاب الحكمي بين حاكمين مقيمين في بلد واحد ويشتري عند ابي يوسف ان يكون بين الحاكمين مسافة لا يقدر معها الشاهد ان يخرج من قريته ويذهب لقريه الحاكم المكتوب اليه ويعود الى قريته بنهار واحد .

ويشتري ان يكتب الكتاب الحكمي من حاكم مأذون بالحكم من السلطان ويشتري ولاية الحاكم الكتاب والحاكم المكتوب اليه عند كتابة الكتاب وقبول الحاكم المخاطب بالذات لا قبول نائيه واذا كان الكتاب مراسلاً الى النائب يجب قبوله لا قبول من انابه ويشتري فيه ان يكون الحاكم الكتاب والحاكم المكتوب اليه والمدعي به والمدعي عليه معلومين علماً نافياً للجهالة ويشتري ان يكون عنوان الكتاب محرراً في داخله ايضاً وان يكون مؤرخاً وان يكون بحق غير الحدود والقبود وان يكون محرراً بعد استماع الشهود لا بناء على حكم الحاكم ويشتري تسليمه الى المدعي بعد ختمه وتغليفه بغلاف مختوم عند ابي يوسف . ويجب تحليف المدعي على انه لم يقبض المال المدعي به من المدعي عليه الغائب ولم يبرئ ذمته وانه لا يعلم فيما اذا كان وكيله او رسوله قبض هذا الحق من المدعي عليه الغائب .

ويجوز للمدعي اقامة شاهد واحد واخذ كتاب حكمي من القاضي فيما اذا كان شاهده الثاني مقيماً في بلد المدعي عليه . وتكفي في الكتاب الحكمي ارساله معنوياً باسم قاضي بلد كذا اذا كان لا قاضي غيره في البلد ويجب ترفيق المدعي بشاهدين عند اخذ الكتاب ليشهد على القاضي المحرله واذا تعذر على الشاهدين دوام السير يمكنهما تحميل شهادتهما لغيرهما

المبحث الثاني

(في بيان وظائف الحاكم المكتوب اليه)

لا يشترط حضور المدعي عليه عند وصول الكتاب الى الحاكم المكتوب اليه تقدم ترتب الحكم على مجرد وصول الكتاب ويجب بعد ذلك على الحاكم المكتوب اليه ان يحضر المدعي

عليه لطلب المدعى ويسأله عن اسمه واسم أبيه وجده وشهرته ليتحقق فيما اذا كان هو المدعى عليه ام لا فاذا اقر المدعى عليه بأنه هو الخصم او اثبت المدعى بأن المدعى عليه خصمه بالبينة المزكاة استجوب الحاكم المدعى عليه عن دعوى المدعى فاذا اقر الزمه بالمدعى به واذا انكر دعوى المدعى راجع الحاكم المكتوب اليه الكتاب ودقق الخاتم الموضوع عليه واره للمدعى عليه واستشهد شهود الطريق عليه وحكم على المدعى عليه بمقتضى الكتاب المذكور واذا ادعى المدعى عليه دفعا صالحا كالدفع والاداء يرجع الحاكم الى الاصول القانونية المثبتة في ذلك وعلى الحاكم المكتوب اليه ان يحكم بمقتضى رأيه ومذهبه لا بمقتضى رأي الحاكم الكاتب ومذهبه وعليه رد الكتاب وعدم الحكم بمقتضاه اذا خالفت شهادة شهود الطريق مضمونه ومقتضاه .

المبحث الثالث

(في بيان الشهادة على الكتاب الحكمي)

الشهادة على الكتاب الحكمي تكون اما بشهادة شهود الطريق على مندرجاته واما بشهادتهم على صدوره من حاكم مدينة كذا وانه قرأه ووقعه وختمه بحضورهم واما بشهادتهم على صدوره من حاكم مدينة كذا فقط فالوجه الاول والثاني مقبول بالاتفاق والوجه الثالث مقبول عند ابي يوسف وهو القول الراجح .

المبحث الرابع

(قبول الكتاب الحكمي لاكثر من درجة واحدة)

اذا رأى الحاكم المكتوب اليه ان المدعى عليه المقصود بالكتاب الحكمي غير موحود في مدينته عند ورود الكتاب فيفتح الكتاب ويتليه بحضور شهود الطريق ويكتب كتابا ثانيا بناء على طلب المدعى الى الحاكم الذي وجد المدعى عليه ضمن دائرة قضائه فيضمن هذا الكتاب خلاصة الكتاب الحكمي المرسل اليه ويختمه ويوقعه حسب الاصول ويسلمه الى المدعى بحضور شهود الطريق ويرسله الى الحاكم المكتوب اليه الثاني وهذا الحاكم المكتوب له الثاني يجري من المعاملات ما ذكر في بحث الحاكم المكتوب له الاول .

المبحث الخامس

(في الاصول المبطل للكتاب الحكمي)

و يبطل الكتاب الحكمي فيما اذا توفي الحاكم الكاتب او عزل من وظيفته او جن اوحده
بالقذف او طرأ عليه جنون قبل ان يفتح الحاكم المكتوب له الكتاب ويثبته ويستشهد على مندرجائه
لان ما يمنع القضاء بالشهادة يمنع القضاء بالكتابة . و يبطل الكتاب الحكمي ايضاً اذا حضر
الحاكم الكاتب الى بلدة الحاكم المكتوب له قبل الحكم اما اذا توفي الحاكم المكتوب
له او جن او سلبت منه صفات الحكم قبل الحكم ينظر فأذا كان الكتاب مرسلاً له
ومعنوناً بأسمه يبطل واذا كان العنوان عاماً بعد التخصيص او كان مخصصاً بعد التعميم لا يبطل .
ولا يبطل الكتاب الحكمي ايضاً بوفاة المدعي او المدعى عليه او الشهود لأن الوارث والوصي
يقوم مقام المدعي او المدعى عليه ولأن وفاة الشاهد بعد التزكية لا تمنع الحكم بمقتضى شهادته .

المبحث السادس

(في بيان رسالة القاضي الى القاضي والاخبار الشفاهي)

ولا يثبت حكم كتاب القاضي الى القاضي بالرسالة لان الكتاب كالخطاب اما الرسالة
فلا تفيد الحكم وكذلك الاخبار الشفاهي فلا يعتبر قول القاضي الكاتب الى القاضي المكتوب
له الشفوي ولو تضمن مندرجات الكتاب حرفياً لان الثابت للضرورة بقدر قدرها ولان
اجتماع القاضيين مما يبطل وجوب العمل بالكتاب الحكمي .

مادة ١٨١٨ [ان اثبت المدعي دعواه بالبينه حكم الحاكم بذلك وان لم يثبت

يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحاكم المدعى عليه باليمين] .

وقد سأل الرسول عليه الصلاة والسلام المدعي عن بينته وسؤاله دليل على انها من طرق
الحكم بالحق المدعي به . و يعتبر الحكم في هذه المادة دون الالتزام دلالة على ان البينة ليست
بحجة بدون قضاء لان الشهادة خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب وقد فرض ترجيح
الصدق في البينات بحكم الحاكم . اما وجه الفقرة الثانية هو قوله عليه الصلاة والسلام (لك
يمينه) وهذا يكون عند عجز المدعي عن اقامة البينة اما اذا كانت بينة المدعي بحضور الحاكم

او في مدينته يكلف لاحضارها ولا يكلف المدعى عليه لحلف اليمين ولو طلب المدعي تحليف المدعى عليه على ان يقيم البينة بعد التحليف . ويشترط في اليمين ان يكون بطلب الخصم . بتكليف الحاكم ولذا لا تعتبر جميع الايمان التي يحلفها المدعى عليه من نفسه قبل التكليف والطلب ولا تعتبر موافقة لاصول التحليف .

مادة ١٨١٩ [فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه .]

واذا كان المدعى عليه يشتبه بدعوى المدعي فالاولى ان لا يحلف اليمين ويرضي خصمه اما بدفع مال او فداء لليمين ويجوز ان يكون هذا المال معادلاً للمدعي به او اقل منه او بمصالحه المدعي على مال من غير جنس المدعى به وهذا جائز بالاتفاق واما ان يدفع المدعى عليه مالا الى المدعي بطريق شراء اليمين منه وهذا لا يجوز .

ومنى حلف المدعى عليه اليمين منع المدعي من معارضته الا اذا اقام البينة وهذا ثابت اولاً بحكم عمر رضي الله عنه بالبينة بعد اليمين ويقول القاضي شريح « اليمين الفاجرة احق بالرد بالبينة العادلة » ثانياً البينة ارجح من اليمين لانها اصل واليمين فرع عنه فلا يصار الى العمل بالبدل مع امكان العمل بالاصل والثالث كون طلب المدعي تحليف المدعى عليه اليمين لا يثبت عجزه عن البينة . الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية اوجب اعتبار المدعي عاجزاً اذا قال انه عاجز عن الاثبات بالبينة اصلاً وحلف خصمه اليمين لذلك لا يمكننا اليوم ان نسمع البينة بعد الحلف .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كانت تثبت اليمين الكاذبة باقامة البينة ام لا فقال ابو يوسف بثبوت كذب المدعى عليه ليمينه اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة بعد الحلف بثبوت تقيض اليمين وكذبه بالشهادة العادلة وقال محمد بعدم ثبوت كذب اليمين بالشهادة لان الشهادة بنفسها تحتمل الصدق والكذب .

ويجب اليمين على المدعى عليه في كل دعوى اقيمت عليه وعجز المدعي عن اثباتها الا دعاوي الحدود واللعان فلا يجب فيها اليمين على المدعى عليه عند الامامين وقال الامام الاعظم بعدم وجوب اليمين على المدعى عليه بدعاوي الحدود واللعان وبدعاوي النكاح

والرجعة والنيء والاستيلاء والرق والنسب والولاء اذا لم يطلب ضمن هذه الدعاوي مال ويجب اليمين بالاتفاق اذا طلب المال فاذا ادعى زوجية امرأة وانكرت دعواه وعجز عن البينة فليس له تحميلها اليمين وكذلك دعوى الرجعة فاذا ادعى احد الزوجين الرجعة وانكرها الاخر ولا بينة لمدعيها فلا يحلف خصمه اليمين . وكذلك دعوى النسب فاذا ادعى رجل الابوة او البنوة من آخر وعجز عن الاثبات لا يحلف خصمه .

مادة ١٨٢٠ [اذا نكل المدعى عليه حكم الحاكم بنكوله وان قال بعد ذلك احلف فلا يلتفت الى قوله]

ويجب ان يكون النكول بحضور الحاكم ومن المدعى عليه لا من وكيله لأن النكول عن اليمين لا يدخل تحت حكم الوكالة بدون ذكر صريح .

مادة ١٨٢١ (يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسند اللذين اعطيا من طرف حاكم محكمة بلا بينة اذا كانا عارفين وسالمين عن شبهة التزوير والتصنيع وموافقين لاصولهما)

وذلك اذا كانت الاعلامات منظمة وفقاً للتعليمات السنية المؤرخة في ٤ جماد الاولى سنة ١٢٩٦ المدرجة في آخر هذا الكتاب أما الاعلامات والسندات المحررة بصورة تخالف التعليمات السنية فلا يجب العمل بمقتضاها بدون بينة على اثبات مضمونها بالبينة .

مادة ١٨٢٢ [اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر آنفاً ولم يقل لا ولا نعم فيعد سكوته انكاراً وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكاراً وتطلب البينة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً]

ويعتبر سكوت المدعى عليه انكاراً مع عدم وجود افة تمنع الكلام عند ابي يوسف لانه بيان للحاجة وانما لا يعتبر السكوت بياناً للاقرار لان ما يثبت الحقوق هو الاقرار الصريح وقول ابي يوسف ايضاً اعتبار من قال لا اقر ولا انكر منكرراً للتمرد وقال الامام الاعظم بوجوب اعتبار الاقرار الصريح والانكار الصريح اما التمرد عن الجواب فلا يعتبر عنده لا من الاقرار ولا من الانكار .

مادة ١٨٢٣ [لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبيّنات] اي ان المدعى عليه لا يلزم بالاقرار او الانكار وله ان يأتي ايضاً بدعوى تدفع دعوى المدعي واذا استوفى قوله هذا شروط الدعوى تنتقل اليه صفة المدعي فإذا اقر له المدعي بدفعه هذا حكم له بمقتضى الاقرار وردت دعوى المدعي واذا انكر المدعي هذا الدفع يكلف المدعى عليه لاثبات دفعه بالبيّنة او لتحليف المدعي اليمين على دفعه . واذا عجز المدعى عليه عن اثبات دفعه وحلف [المدعي اليمين ينظر فإذا كانت دفع المدعى عليه يتضمن الاعتراف بدعوى المدعي حكمها في الحال] واذا كانت لا يتضمن الاعتراف تتم الحاكم مرافعة الدعوى الاصلية على مقتضى الاصول المعروفة .

وتسمع دفع الدعوى من المدعى عليه لا من سواه يستثنى من ذلك : احد الورثة فاذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة اضافة لتركه مورثه فللوارث غير المطلوب للمرافعة ان يدخل في الدعوى ويأتي بدفع صالح .

مادة ١٨٢٤ [ليس لاحد الطرفين ان يتصدي للافادة ما لم تكمل افادة الآخر واذا تصدى فيمنع من طرف الحاكم]

فاذا تكلم احدهما في نوبة الآخر اسكتته الحاكم لينسكن من فهم كلام صاحب النوبة فلا يجوز للمدعي عليه ان ياتي بالدفع قبل ان يتم المدعي دعواه ولا يجوز للمدعي ان يجيب على دفع المدعى عليه قبل ان يتم المدعى عليه دفعه .

مادة ١٨٢٥ يضع الحاكم في المحكمة ترجيحاً موثقاً وموثقاً لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين .]

ويجوز ان يكون الترجمان واحداً ولو امرأة الا فيما لا يجوز شهادتها به ولا تشترط فيها العدالة ولا البصر عند ابي يوسف كما هو المفهوم من اطلاق هذه المادة .

وكما يجوز قول الشخص الواحد في الترجمة فانه يجوز بالتزكية السرية وتقويم التالف والاخبار بافلاس المدين الذي حبس من اجل الدين والاخبار بعيب المبيع وروية الهلال وموت

الشاهد وطهارة الماء والطعام ونجاسته واخبار الوكيل بالعدل وحجر المأذون واخبار القاصر بأن عليه زوجه حسب ولايته عليه واخبار البيع للشفيع ويجوز خبر الفرد في مسائل اخرى يبلغ عدد مجموعها خمسة عشر لم تأت على ذكرها لعدم علاقتها بالمعاملات .

مادة ١٨٢٦ [يحظر ويوصي الحاكم بمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في الخصامة الواقعة بين الاقرباء او المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فأن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة .]

وعلى الحاكم ان لا يعجل القضاء بين الاقرباء ولو ظهر له وجهه حباً بدوام صلة القرابة ولان القضاء يورث النزاع بين المتحاكمين على الاكثر وليس للحاكم ان يعرض الصلح اكثر من مرتين كي لا يظهر عجزه في القضاء واحقاق الحق وليس له في الصلح ان يقبل صلحهما على غير ما قررناه في كتاب الصلح فلا يصالحهما على الفين بدعوى الف واذا تصالحا حرر ذلك بورقة مصالحة ووقعها من المتداعين ودرجها عيناً في ضبط المحكمة ووقعها مع الكتاب والمتخاصمين لان ذلك اسلم في المعاملات واقرب لاثباتها .

مادة ١٨٢٧ [بعد ما يتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم واليئنة مع الاسباب الموجبة له ويعطيه المحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضاً .]

وينبغي ان يبين الحاكم للقضي عليه وجه قضائه عليه وانه فهم جوابه وان حكم الحادثة في الشرع القضاء عليه كي لا ينسب للجور امام الناس . وينفذ حكم الحاكم ظاهراً وباطناً اذا كان مستنداً الى اسباب ثبوت حقيقة واذا استند الحكم الى اسباب ثبوت غير صحيحة كشهادة زور ينظر فاذا كان الحكم بالعدو كالبيع والنكاح وبالفسوخ كالطلاق والاقالة فينقد ظاهراً وباطناً عند الامام اذا كان الحاكم لا يعلم بان الشهادة مزورة وقال بعضهم بان هذه الاحكام تنفذ ظاهراً لا باطناً . اما في الاملاك المرسلة فلا ينفذ الحكم باطناً بالايجاب لان الملك لا بد له من سبب واذا تراحمت الاسباب فيجب بيان سبق السبب على القضاء اقتضاء لعدم امكان اعتبار كون بعض الاسباب اولى من البعض الآخر وكذلك دعوى الدين بدون بيان السبب فهي من قبيل دعوى

الاملاك المرسلة فاذا ثبتت دعوى الدين بدون السبب بشهادة الزور لا ينفذ حكم الحاكم باطنًا .
وكذلك دعوى الارث ودعوى النسب فهي من قبيل دعوى الملك الموصل .
ويجب اعطاء الحكم الى المحكوم له وصورته الى المحكوم عليه كي لا ينسى المحكوم له ما حكم
له به الحاكم ليتمكن من انفاذه لدى دائرة التنفيذ وكذلك تعطى صورة الاعلام للمحكوم عليه
ليتسنى له مراجعة الطرق القانونية العادية والفوق العادة بشأنه .

مادة ١٨٢٨ [لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا اوجدت اسباب الحكم
وشروطه بتمامها]

لان التأخير مع وجود اسباب الحكم لا يكون الا امال اتباع هوى النفس او هوى من يتوجه
عليه الحكم ولأن القضاء شرع لاحقاق الحق وازالة الفوضى فاذا اخر الحاكم الحكم بعد ان تمت
اسبابه يكون هو نفسه شريكاً بها ما لو اشتبه الحاكم بالتزكية او بتزجيج البينة واراد تحري المسئلة
من وجهها الشرعي فله ان يؤخر الحكم الى ان يتضح له الطريق الشرعي .

« الباب الثاني »

في الحكم ويشتمل على فصلين

✽ الفصل الاول ✽

(في بيان شروط الحكم)

مادة ١٨٩ [يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو انه يشترط في صحة
الحكم بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء احد على الاخر بذلك الخصوص
في اول الامر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى] .

والقصد من الحكم هو القولي الصريح اما الحكم الفعلي كتقسيم التركة التي فيها حق الصغير
فلا يشترط فيها سبق الدعوى وكذلك الحكم الضمني فاذا ادعى رجل على آخر بمبلغ له على ثالث

مكفول من المدعى عليه وانكر المدعى عليه الدين والكفالة وبرهن المدعى على دعواه وحكم له بها فالحكم يشمل المدعى عليه الكفيل والمدينون الذي لم يكن داخلاً بالدعوى . وتعم عبارة حقوق الناس الواردة بهذه الدعوى حقوق الناس الصريحة وحقوق الناس المحتجة مع حق الله كحد القذف ويحترز بها عن حقوق الله الصريحة كحرمة المطلقة ثلاثاً على مطلقها لأن الحكم بها لا تشترط له الدعوى ووجه المادة هو ان الحاكم لا يقف على ما للناس عند بعضهم ولا نه ليس له اجبار صاحب الحق على طلب حقه واستيفائه .

يستثنى من ذلك مسئلتان .

الاولى : اذا اذن الولي الحاكم بتزويج الصغيرة فزوجها الحاكم فيكون عمله هذا وكالة لحاكم الثانية : اذا اعطى الحاكم الفقير غلة الوقف المشروط اعطاؤها للفقراء فعمله هذا ليس بحكم .

مادة ١٨٣٠ [يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الاخر خصوصاً واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم بغيابة بناء على اقراره وكذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فأذا غاب المدعى عليه عن مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها] اشترط الفقهاء حضور كل واحد من المتداعيين حين الدعوى والشهادة او حضور من يقوم مقامهما سواء كان المدعى به ديناً او عيناً منقولاً او عقلاً وحجتهم على ذلك هي عدم امكان الحكم على غائب الا ضمناً فيما لو كان المدعي به عليه سبباً لا ينفك عما يدعي به على الخصم الحاضر وقد انفقوا على جواز الحكم على من اقر بالحق بحضور الحاكم وغاب عن المجلس قبل صدور الحكم ولان هذا الحكم وجاهي لعدم جواز الرجوع عند الاقرار في حقوق العباد وقد استظهر علي حيدر افندي امكان صدور الحكم الغيابي بحق المدعى عليه اذا غاب بعد الاقرار لامكان ادعاء كذب الاقرار والذي يظهر لي انه لا يثبت هذا الحق والمادة ١٥٨٩ لا يشمل حكمها ما يقع من الاقرار في حضور الحاكم . وقد قبل ابو يوسف الحكم في وجه من حضر في المحكمة حين اقامة

البينة وغاب قبل تزكيتها والحكم بها وقتل الطرفان بعدم جواز الحكم عليه استناداً الى قوله عليه الصلاة والسلام لعلي (لا نقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر) .

وتظهر النيابة عند احد الطرفين في الدعوى بالوكالة و بوصاية الميت وتولية الوقف و نيابة احد الورثة و نيابة احد شريكي الدين عن الآخر بطلب الدين عند الامامين و نيابة احد المدينين عن الآخر و نيابة الاجنبي و اضع اليد على مال الميت عند بعض الفقهاء و نيابة بعض الموقوف عليهم عن البعض الآخر .

مادة ١٨٣١ [للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر في مجلس الحكم بنفسه وبالعكس يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعى عليه بالبينة التي اقيمت بحضوره اذا حضر الوكيل مجلس الحكم]

لان الشخصين او الاشخاص الذين هم في حكم الشخص الواحد بالنسبة لحادثة الدعوى كالوارث والمورث والوصي والموصى عليه بعد البلوغ والوكيل والموكل لو حضر واحد منهم الدعوى و آخر الشهادة والحكم جازولا ينتظر حضور نفس الشخص الذي حضر في اوائل الدعوى وكذلك جزؤ البينة فإذا استمع بعضها بحضور الموكل والبعض الآخر بحضور الوكيل يحكم بها .

مادة ١٨٣٢ [للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي حضر في الدعوى التي توجهت خصوصتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة]

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في الحكم الغياي)

الغائب نوعان الاول من غاب عن محل ولاية الحاكم قبل ان يكون مدعى عليه ولم يدع اليه والثاني من توارى عن مجلس الحاكم او تمرد عن الحضور استنكافاً عن الحق بعدما دعي اليه عن دعوى مدع مع تمكنه من ذلك بنفسه او وكيله وقد اتفق الائمة الثلاثة على جواز الحكم عليه بنوعيه وحجتهم ان الحكم يستند للبيئة وهي حجة بنفسها والدفع والطعن مشروع بعد الحكم كما سيأتي في مادة (١٨٤٠) . وقد اتفق الفقهاء الاحناف على عدم جواز الحكم على النوع الاول وحجتهم قول الشارع اعلي كرم الله وجهه (لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر) لأن الحاكم لا يتمكن من اصدار الحكم الا بعد سماع الجواب واتفقوا على جواز الحكم على النوع الثاني وهذا هو مبنى هذا الفصل . وقد ابتدأت الحكومة العثمانية بتطبيق الاحكام الغيايية بحق المدعى عليهم في الحوادث التجارية بقانون نشرته في ١٠ ربيع الآخر سنة ١٢٧٨ ثم عممته لباقي الحاكم العدلية في ٨ صفر سنة ٢٩١ ثم صار ذلك عاماً بعدما نشرت المجلة . ولما صدر قانون اصول المحاكمات الحقوقية توسع اصول رؤية الدعوى الغيايية على وجه لا يتفق مع نصوص الحنفية لان هذا القانون اجاز رؤية الدعاوي غيابة بحق كل من دعي للمحكمة ولم يلب الطلب سواء كان من النوع الاول او من النوع الثاني وهذا يوافق ما جاء في مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه ولذلك فآني ارى ان واضع الاصول الحقوقية كان عليه ان يضعها مستنداً الى المذهب المشار اليه .

مادة ١٨٣٣ [يدعى المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فإن امتنع عن الأتيان وارسل وكيلا الى المحكمة من دون ان يكون له عذر شرعي يحضر اليها جبراً] .

اي لا يجوز للحاكم ان يحكم على المدعي عليه الا بعد ان يدعوه لمجلسه ويمنع عن الحضور بدون عذر شرعي كالمرض او كون المدعى عليه من المخدرات اللاتي لا تبرزن في المجالس ففي الصورة الاولى يؤجل الحاكم الدعوى الى ما بعد زوال العذر وفي الصورة الثانية ارسل الحاكم

نائباً عنه لسماع الدعوى . وقد ألغى قانون اصول المحاكمات الحقوقية لزوم الاحضار بالقوة الجبرية فصار ما يتعلق بهذا الخصوص في هذه المادة ملغى .

مادة ١٨٣٤ [اذا امتنع المدعى عليه عن الاتيان او ارسال وكيل الى المحكمة ولا يمكن احضاره فيدعي الى المحكمة بأن يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في ايام متفاوتة على طلب المدعي فإن ابى ايضاً المجيء افهمه الحاكم بأنه سينصب له وكيلاً ويسمع الدعوى والبينة وعلى هذا الحال لو امتنع وابى الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلاً يحافظ على حقوقه وتسمع الدعوى والبينة في وجهه وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك .]

وقد ألغى قانون اصول المحاكمات الحقوقية ارسال الدعوتين المتعددة الى المدعى عليه والتي ذيل هذا القانون اصول نصب الوكيل المسخر وصار الحاكم بدعي المدعى عليه بدعوتية واحدة فأذا تمتنع عن الحضور قرر رؤية الدعوى بحقه غيابياً دون ان يقيم وكيلاً مسخراً عنه .

مادة ١٨٣٥ [يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه] قلنا ان اصول اسطوار الدعوتين المتعددة والخطرة ونصب الوكيل المسخر صار ملغياً وصار من واجب الحاكم ان يحكم بمقتضى الاصول على المدعى عليه الغائب سواء كان متوارياً او مترداً ومتى اعطي الحكم وجب تبليغه للدعى عليه سواء كان مستنداً الى البينة او كان معلقاً على تقدير نكول المدعى عليه عن اليمين .

مادة ١٨٣٦ [اذا حضر المحكوم عليه غيابياً الى المحكمة وتشبت بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي فتسمع دعواه وتفصل على الوجه المقتضي وان لم يتشبت بدفع الدعوى او تشبت ولم يكن تشبته صالحاً للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجرى .]
لأن صدور الحكم على الغائب لا يسقط حقه اي لا يمنعه من دفع الدعوى بعد الحكم لعين

المحكمة التي اصدرته ولو تبدل الحاكم وقد ضرب لطلب هذا الحق مدة اختلفت باختلاف الحقوق والقوانين ومدته خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ في الدعاوي البدائية والاستئنافية وخمسة ايام من تاريخ التفهيم في الدعاوي الصلحية و يسقط هذا الحق بعد مضي هذه المدد المضروبة تحريجاً لقاعدة تقييد القضاء في الزمان والمكان . اما تفصل الاعتراض وشرايطه وما يجب ان يكون استدعاءه محتوياً من الشرائط فتلك امور تعود الى قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

« الباب الثالث »

في رؤية الدعوى بعد الحكم

ترى الدعوى بعد الحكم باحدى طرق ثلاثة الاولى الاعتراض الذي يقع على الاحكام الغيابية الذي سبق الكلام عليها في الفصل السابق والثاني استئنافاً (راجع المادتين ١٨٣٨ و ١٨٣٩) والثالث اعادة بطريق اعانة المحاكمة كما سيبين ذلك في مادة (١٨٤٠) وترى الدعوى بعد الحكم ايضاً بطريق اعتراض الغير و بطريق التمييز المبحوث عنهما قانون اصول المحاكمات الحقوقية .
مادة ١٨٣٧ [الدعوى التي حكم واعلم بها موافقة لاصولها المشروعة اي

موجوداً في الحكم اسبابه وشروطه لا يجوز وؤبتها وسماعها تكراراً] .

هذه المادة ليست من مسائل الباب وانما ذكرت بطريق المناسبة لبيان ان من الدعاوي مالا يسوغ رؤيته بعد الحكم به مرة اخرى في المحكمة التي اصدرته لان ذلك من العبث عدا عما يترتب على ذلك من نقض القضاء الاول بدون ظهور الخفاء اما في محكمة اعلى فيجوز رؤية الدعوى استئنافاً وتميزاً ويجوز فسخ الحكم ونقضه اذا ظهر به خطأ بموجب ذلك على ما سيأتي في المواد الآتية .

مادة ١٨٣٨ [اذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي لحق في حق الدعوى

ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى

فيحقق الحكم المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق والا يستأنف . [وهذا هو الطريق الثاني من طرق رؤية الدعوى بهد الحكم وكان يرى في نفس المحاكم التي حكمت في الدعوى قبل نشر قانون تشكيل المحاكم وكان هذا الحق لا يسقط سوى بمرور الزمان اما في المحاكم النظامية فيكون امام محكمة اعلی درجة من المحكمة التي اصدرت الحكم وهو حق يسقط في نظر القانون بمضي المدة المضروبة بنذیل قانون اصول المحاكمات الحقوقية على ما هو مفصل بقانون اصول المحاكمات وذيله المذكور .

مادة ١٨٣٩ [اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الجاهي الحكم فيدقق الاعلام المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق والا ينقض] .

عبارة هذه المادة ظاهرة لا تحتاج الى تفصيل وشرح لا سيما بعد ان صارت جميع الدعاوي من شرعية ونظامية ترى تمييزاً لدى محكمة التمييز بدون تفريق وبعد ان سلخ امر استئناف وتمييز الدعاوي الشرعية من مجلس التدقيقات والفتوحانة .

مادة ١٨٤٠ [يصح دفع الدعوى قبل الحكم بناء عليه اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يصح ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محامتهما ايضاً مثلاً اذا ادعى احد على الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثه له من والده وثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معقول به يبين ان والد المدعي كان قد باع الدار المذكورة لوالد ذي اليد فتسمع دعوى ذي اليد وان اثبت ذلك انتقض الحكم الاول واندفعت دعوى المدعي] .

اي اذا احدث المدعي عليه دعوى جديدة يستدعي ثبوتها ابطال الحكم الاول وهو مقبول على الراجح بعد الحكم حتى بعد اجرائه كما هو مقبول قبل الحكم لأنه يجب صون القضاء عن

الابطال عند ظهور الخطأ به بالبرهان كما لو ظفر الورث بوصل موقع من المدعى يشعر بقبض مبلغ الدين المدعى به من مورثه او بوصل يشعر بأبراء ذمة المورث . وقد احدث قانون اصول المحاكمات الحقوقية طريقاً مخصوصاً لدعاهي اعادة المحاكمة وصار من واجب القضاء التقيد بها والعمل بموجبها لدى جميع المحاكم لذلك فأئنا نترك البحث للقانون المذكور .

الباب الرابع

في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم

التحكيم معروف في الامم القديمة وثابت بقوله تعالى في نزاع ما بين الزوجين (فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها) وحكم الشارع الاعظم سعداً بن معاذ فيما وقع بين بني قريظة من الخلاف ورضي الفريقان بحكمه فحكم بينهما . وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان يشمل حقوق الله والحقوق الممزوجة بين حق الله وحق العباد وانفقوا على قبوله بحقوق العباد وقد قبلته المجلة لانها تبحث عن الحقوق الشخصية دون الحقوق العامة . ولا يجوز اضافته لوقت مستقبل ولا تعاليقه بالشرط لمسايمته لعقد الصلح وقال مالك بتنفيذ حكم المحكم مالم يخالف ما اجمع عليه الفقهاء ولولم يوافق رأي الحاكم المولى وقال السادة الحنفية بلزوم عرض رأيه وحكمه على من ولاه وهذا موافق لما ورد في الاصول الحقوقية .

مادة ١٨٤١ [يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس .]

ويشترط للمحكم ان يكون اهلاً للقضاء فيما حكم به وان يكون معلوماً ويشترط في الحكم ان يكون مميزاً وان يكون التحكيم واقعاً على دعوى المال لان الحكم فيه قائم مقام عقد الصلح لاستناده مبدئياً على الرضاء . ويشترط فيه ايضاً ان يكون الحكم اهلاً للشهادة فلا يجوز تحكيم الاعمى والرقيق والصبي والمحدود بالقذف ويجوز تحكيم المرأة والفاسق .

مادة ١٨٤٢ [حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين الذين حكماء وفي الخصوص الذي حكماء فيه فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصياتهما .]

مادة ١٨٢٣ [لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبيّنات] اي ان المدعى عليه لا يلزم بالاقرار او الانكار وله ان يأتي ايضاً بدعوى تدفع دعوى المدعي واذا استوفى قوله هذا شروط الدعوى تنتقل اليه صفة المدعي فإذا اقر له المدعي بدفعه هذا حكم له بمقتضى الاقرار وردت دعوى المدعي واذا انكر المدعي هذا الدفع يكلف المدعى عليه لاثبات دفعه بالبيّنة او لتحليف المدعي اليمين على دفعه . واذا عجز المدعى عليه عن اثبات دفعه وحلف [المدعي اليمين ينظر فإذا كانت دفع المدعى عليه يتضمن الاعتراف بدعوى المدعي حكم بها في الحال واذا كانت لا يتضمن الاعتراف تتم الحاكم مراعاة الدعوى الاصلية على مقتضى الاصول المعروفة -

وتسمع دفع الدعوى من المدعى عليه لا من سواء يستثنى من ذلك : احد الورثة فاذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة اضافة لتركه مورثه فللوارث غير المطلوب للمرافعة ان يدخل في الدعوى ويأتي بدفع صالح .

مادة ١٨٢٤ [ليس لاحد الطرفين ان يتصدي للافادة ما لم تكمل افادة الآخر واذا تصدى فيمنع من طرف الحاكم]

فاذا تكلم احدهما في نوبة الآخر اسكتته الحاكم لينسكن من فهم كلام صاحب النوبة فلا يجوز للمدعى عليه ان يأتي بالدفع قبل ان يتم المدعي دعواه ولا يجوز للمدعي ان يجيب على دفع المدعى عليه قبل ان يتم المدعى عليه دفعه .

مادة ١٨٢٥ يضع الحاكم في المحكمة ترجيحاً موثقاً وموثقاً لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين . [

ويجوز ان يكون الترجمان واحداً ولو امرأة الا فيما لا يجوز شهادتها به ولا تشترط فيها العدالة ولا البصر عند ابي يوسف كما هو المفهوم من اطلاق هذه المادة .

وكما يجوز قول الشخص الواحد في الترجمة فانه يجوز بالتزكية السرية وتقويم التالف والاخبار بافلاس المدين الذي حبس من اجل الدين والاخبار بعيب المبيع وروية الهلال وموت

الشاهد وطهارة الماء والطعام ونجاسته واخبار الوكيل بالعزل وحجر المأذون واخبار القاصر بأن وليه زوجه حسب ولايته عليه واخبار البيع للشفيع ويجوز خبر الفرد في مسائل اخرى يبلغ عدد مجموعها خمسة عشر لم تأت على ذكرها لعدم علاقتها بالمعاملات .

مادة ١٨٢٦ [يحظر ويوصي الحاكم بمصالحة الطرفين مرة او مرتين في الخصامة الواقعة بين الاقرباء او المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فأن واقما صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة .]

وعلى الحاكم ان لا يجعل القضاء بين الاقرباء ولو ظهر له وجهه حباً بدوام صلة القرابة ولان القضاء يورث النزاع بين المتحاكين على الاكثر وليس للحاكم ان يعرض الصلح اكثر من مرتين كي لا يظهر عجزه في القضاء واحقاق الحق وليس له في الصلح ان يقبل صلحهما على غير ما قررنه في كتاب الصلح فلا يصلحهما على الفين بدعوى الف واذا تصالحا حرر ذلك بورقة مصالحة ووقعها من المتداعين ودرجها عيناً في ضبط المحكمة ووقعها مع الكاتب والمتخاصمين لان ذلك اسلم في المعاملات واقرب لاثباتها .

مادة ١٨٢٧ [بعد ما يتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الاسباب الموجبة له ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضاً .]

وينبغي ان يبين الحاكم للقضي عليه وجه قضائه عليه وانه فهم جوابه وان حكم الحادثة في الشرع القضاء عليه كي لا ينسب للجور امام الناس . وينفذ حكم الحاكم ظاهراً وباطناً اذا كان مستنداً الى اسباب ثبوت حقيقة واذا استند الحكم الى اسباب ثبوت غير صحيحة كشهادة زور ينظر فاذا كان الحكم بالعقود كالبيع والنكاح والفسوخ كالطلاق والاقالة فينقد ظاهراً وباطناً عند الامام اذا كان الحاكم لا يعلم بان الشهادة مزورة وقال بعضهم بان هذه الاحكام تنفذ ظاهراً لا باطناً . اما في الاملاك المرسلة فلا ينفذ الحكم باطناً بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب واذا تراحمت الاسباب فيجب بيان سبب السبب على القضاء . اقضاء لعدم امكان اعتبار كون بعض الاسباب اولى من البعض الآخر وكذلك دعوى الدين بدون بيان السبب فهي من قبيل دعوى

وكذلك حكم المحكمين فإنه ينفذ بحق المحكمين متى وافق الاصول والشرع والقانون و ينحصر
نفاذ هذا الحكم بالمحكمين دون سواهم لعدم ولايتهم على غيرهم .

مادة ١٨٤٩ [اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان
صدقه ان كان موافقاً للاصول والا نقضه]

لان حكم المحكمين اذا عرض على الحاكم او على مولى الحاكم ورأه موافقاً للاصول
والقانون صدقه لعدم الفائدة من اصدار حكم ثان يماثل الحكم الاول واذا وحده مخالفاً ولو
لاجتهاده فسخه ورده بخلاف المولى فإنه اذا وجد الحاكم ان حكم المولى مخالف لاجتهاده كما
هو الحال في الحاكم الشرعية اليوم فان القضاة على مذهب الامام حنبل يحكمون بقضايا المراد
وينفذها الحكماء مع انها مخالفة لمذهبهم ولما هو معمول عندهم باجتهادهم لورود الامر السلطاني
على ذلك اما فيما يعود الى التحكيم فلا امر لقبول حكم المحكمين من قبل الحاكم فيما اذا
خالف حكمهما اجتهاده . واذا قيل ان الطرفين لما حكما الحكم برضاهما واختيارهما فليس
لاحدهما ان يطلب تدقيق حكمه من الحاكم . قلنا ان رضائهما بالتحكيم مقيد دلالة بما يكون
من ذلك الحكم موافقاً لما انتشر العمل به في المحيط الواقع فيه التحكيم .

ويختلف التحكيم عن الحكم بمسائل منها :

- ١ : يشترط لصحة حكم الحاكم رضاء المحكمين ولا يشترط الرضاء بحكم الحاكم
- ٢ : لا يجوز التحكيم بالحدود ويجوز الحكم بها .
- ٣ : للمحكّم عزل الحكم وليس لاحد الطرفين عزل الحاكم .
- ٤ : لا يتعدى حكم الحكم بدعوى رد المبيع بالعيب البائع ويتعداه بحكم الحاكم .
- : يبطل حكم الحكم اذا خالف رأي القاضي ولا يبطل حكم القاضي من قبل قاض آخر
ولو خالف مذهبه واجتهاده .
- ٦ : لا يثبت الوقف بحكم الحكم ولا يرتفع الخلاف ويثبت ذلك بحكم الحاكم .
- ٧ : لا يجوز تعاقب التحكيم و اضافته الى المستقبل عند ابي يوسف خلافاً للقضاء
- ٨ : ليس للحكم ان يكتب للقاضي ولا للقاضي ان يكتب للحكم كتاب حكمي .
- ٩ : لا يسري حكم الحكم على سائر الورثة في الدعوى الذي حكم بها من قبل احدهم :

مادة ١٨٥٠ [اذا اذن الطرفان بالصلح للمحكمن الذين جعلوهما أذونين بالحكم توفيقاً لاصوله المشروعة فيعتبر صلحهم وهو انه اذا وكل احد الطرفين احد المحكمن والآخر الآخر بالصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لاحد الطرفين ان يمتنع عن قبوله هذا الصلح]
 لان التحكيم بالصلح نوع من التوكيل به وكما انه يجوز للموكل ان يصلح خصمه بنفسه فله مصالحته بغيره . انما يجب على المحكمن اضافة الصلح الى موكلهم لا الى انفسهم (راجع مادة ١٤٦٠) .

مادة ١٨٥١ [اذا فصل احد الدعوى الواقعة بين شخصين ولم يكن محكماً فيكون حكمه نافذاً اذا رضي الطرفان واجازا حكمه راجع المادة ١٤٥٣]
 اي ان من يكون اهلاً للقضاء اذا حكم بحادثة بدون تولية من السلطان ولا اناة وتحكيم في الطرفين جاز حكمه ونفذ اذا اعقبته اجازة من الطرفين على شرط ان لا يكون مخالفاً للاجماع والا كان باطلاً والاجازة لا تحقق الباطل واذا كان مخالفاً للقول المأخوذ للعمل فقط فينفذ بالاجازة ويفسخ بعرضه على المولى متى خالف اجتهاده .



صورة التعليمات التي صدرت الارادة السنية بمراعاة احكامها
والمنظمة من قبل جمعية المحلة بخصوص تنظيم السندات الشرعية التي يجوز العمل
والحكم بمضمونها بلا بينة

مادة ١ لدى حوالة استدعاء ما الى المحكمة وحضور الطرفين المتخاصمين اليها فان كان
المدعى او المدعى عليه مجهول الشخصية عند المحكمة ولم تكن بيده اوراق معتبرة تدل على ان الدعوى
تتعلق به او استعجل احدهما بتصديق الآخر في الدعوى وشعرت المحكمة بوجود شائبة في
ذلك فعلى هؤلاء ان يجلبوا علماً وخبراً (وثيقة) من مختاري محلتهم او رأسه النقابة التابعين
اليها او من امرائهم وضباطهم او من قبل رؤساء الدوائر المنسوبين اليها تبين شخصيتهم
واسمهم وشهرتهم وصنعتهم ومأموريتهم ومحل اقامتهم .

مادة ٢ يمسك في المحكمة جريدة خاصة بتسجيل الوكالة فاذا اراد احد الطرفين تسجيل
وكالة يقرر امام الحاكم او نائبه صورتها ويعين وكيله ويسجل تقريره هذا عيناً في جريدة
التسجيل ويوقع عليه ويختتمه بخاتمه واذا لم يكن يحسن الكتابة ينتخب شخصاً ويأمره
بالتوقيع عنه وبعد ذلك يوقع عليه ويختتمه الحاكم او النائب الذي يجري التوكيل او التقرير
بحضوره ويسأل عند التسجيل ايضاً عن اسم والد الموكل وجده وبقيد في جريدة التسجيل ذلك .

مادة ٣ اذا عزل الحاكم او توفي بعد ان كانت الوكالة حررت وسجلت في الجريدة
الخاصة بحضوره او حضور نائبه كما تبين في المادة الاثنية قبل ان تختتم المحكمة فلا يحتاج الوكيل
لتسجيل وكالته ثانية بحضور الحاكم اللاحق بل يمكن للحاكم اللاحق ان يحكم بصحة وكالة
الوكيل بمواجهة الخصم بموجب القيد المسطور في جريدة التسجيل ويمكنه ان يري الدعوى
ويسمع المرافعة .

مادة ٤ على كاتب الضبط عند ضبط الدعوى ان يحرر ويضبط على ورقة عادية اسم
هوية ومحل اقامة الطرفين واسماء وهوية وصور افادات المعرفين عنهم فيما لو جرى التعريف
ويحرر ايضاً خلاصة الاوراق والسندات المبرزة بعد ان يستمع بدقة تامة افادة الطرفين ويطالع
كل ما سيبرزه الطرفان من الاوراق والسندات المؤيدة للدعوى .

ماده ٥ يكتب ضبط الدعوى المذكورة في المادة السابقة بعبارة واضحة يمكن ان يفهمها الطرفان .

مادة ٦ ان كاتب الضبط بعد ان يضبط الدعوى يدخل مع الطرفين الى حضور المستشار في المحكمة التي لها مستشار والى حضور الحاكم او نائبة في الحاكم التي ليس لها مستشار ويتلوا الضبط وبعد التلاوة يسأل المستشار او الحاكم او نائبه الطرفين واحداً فواحداً عن كون الضبط موافقاً لافادتهما او غير موافق فان صدق كل واحد من الطرفين على موافقة الصورة لافادته يقيّد ذلك حالاً في جريدة الضبط المخصوصة بالمحكمة ويختتم ويوقع في ذيله من قبل الطرفين وكذلك اذا لم يصدقا لسبب وقوع نقصان او سهو في الضبط او لسبب ضبط وتحرير امسئلة واجوبة عن بعض اشياء رأت المحكمة لزوماً لها فان مندرجات الضبط تقيّد بعد التصحيح في جريدة ضبط المحكمة الرسمية ويختتم في ذيلها وتوقع من قبل الطرفين ايضاً يجب ان لا يقع في جريدة الضبط محو ولا حك .

مادة ٧ بعد ان يحجر الضبط في الجريدة المخصوصة ويوقعه ويختتمه الطرفان على المنوال المحرر آنفاً يصدق في ذيله ويوقع ويختتم من قبل المستشار او معاونه بأختامهما الذاتية في دار السعادة واذا لم يكن لدى محكمة الباب في استانبول مستشار فن قبل معاونه او احد مستشاريه واذا لم يكن لمحكمة التفتيش مستشار فن قبل المميز الاول للمحكمة اما في الحاكم الاخرى وسائر محاكم الملحققات فيوقع ويختتم من قبل الحاكم او نائبه او رأس الكتاب .

مادة ٨ بعد ان يباشر بالحكمة الى حين ختامها فكما انه يقيّد ويحجر في ذيل ضبط الدعوى في جريدة الضبط السالفة الذكر خلاصة المعاملات التي ستجرى وتعلق بذلك المحكمة عقيب جريان التحقيقات فكذلك اذا تغير شكل المحكمة ووجد لزوم لزيادة بعض العبارات على افادات الطرفين فأنها تزداد بالرقم بمعرفة المأمورين الذين وقعوا وختموا الضبط المذكور وبحضور كل من الطرفين تم بوقعات عليه ايضاً واذا كانت الدعوى ذات اهمية فيوقع ويختتم عليها المأمورون ايضاً .

مادة ٩ اذا لزم على احد الطرفين اقامة شاهد يسأل عما اذا كان لديه شهود ام لا فاذا قرر وبين ان لديه شهود يسأل عنهم وعن اسمائهم وهو ياتهم وعما اذا كان لديه غيرهم او لم

يكن وإذا كان لديه أيضاً يسأل عن اسمائهم وهو ياتهم وتدرج افادته بحق شهوده أيضاً في جريدة الضبط كما تدرج افادته فيما اذا قال بعدم وجود شهود لديه اصلاً ثم يوقع ويختتم عليها .

« علاوة »

ان توضيح هذه المادة المبينة على المادة (١٧٥) من مجلة الاحكام العدلية هو على الوجه الآتي : كما انه لا يكون قول المدعي ليس لديه شهود اصلاً مانعاً من قبول شهادة الحسبة التي لم يتأخرادائها بلا عذر فلا يكون ايضاً قول الوصي والولي وامين بيت المال وقرار واحد منهم بأنه ليس لديه شهود اصلاً في الدعوى المتعلقة باليتيم وغير الرشيد وبيت المال في الخصوصيات التي يجوز فيها قبول شهادة (الحسبة) من غير ان يشترط سبق وقوع الدعوى منه توفيقاً للمسألة الشرعية ليس مانعاً من استماع الشهود .

فبعد ان يقول المدعي ليس لدي شهود اصلاً . ثم يقول ان المدعى عليه كان قد اشهد في غيابي فلاناً وفلاناً على الخصوص المدعي به وكنت قلت قبلاً ليس لدي شهود اصلاً قبل ان اقف على هذا ولكن لما وقفت عليه اخيراً جئت الآن قائلاً انه يوجد لدي شهود . فان تصدى للتوفيق بين الكلامين المتناقضين فيقبل حينئذ الشهود الذين سيقدمهم .

اما بعد اقرار المدعي بأنه ليس لديه شهود اصلاً ان قال كنت اقررت اولاً بأنه ليس لدي شهود لأنه لم يكن بخاطري الشهد يعني كنت ناسياً شهودي . ثم قال اني تذكرتهم اخيراً فهم لدي وحيث ان هذا القول مع ذلك العذر لا يجعل التناقض الواقع بين الدعويين مرتفعاً شرعاً فان الاحكام ممنوعون من استماع الشهود الذين سيقدمهم بموجب المادة (١٧٥٣) من مجلة الاحكام العدلية .

مقدمة ١٠ لدى فصل احدي المحاكمات يشرح في الضبط الاسباب الموجبة للحكم وبإيه وجه حكم ثم تسطر مسودة الاعلام بعد ان يختتم الحاكم في ذيله .

مادة ١١ على كاتب الضبط ان ينقل في جريدة الضبط المخصوصة بالمحكمة صورة الضبط بعينها ويجررها في جريدة ويقرر منها وتحفظ الحريدة المخصوصة بالمحكمة في محل امين وتستخرج منه لدى اللزوم وتمسك جرائد ضبط متعددة خاصة بالمحكمة بذمة كثرة الدعاوي .

مادة ١٢ ينبغي اتخاذ الدعوى المحررة في الحرrede اساساً وتسطر مسودة الاعلام على

أصول الصك وان كان المحو والاثبات في بعض عبارات صورة الضبط حين التسويد جائزاً على قاعدة الصك انما الشرط في ذلك ان لا يتغير اساس المسألة وان افاد احد الطرفين بأنه ليس لديه شهود اصلاً فتدرج افادته المذكورة بعينها في الاعلام . ولا يكتفي بالتعبير القائل : (انه عجز عن اقامة البينة) .

مادة ١٣ بعد ان يسطر كاتب الضبط مسودة الاعلام . اولاً تصحح من قبل كاتب الوقائع في محاكم الصدرين واستانبول والباب . ومن قبل المميز الاول في محكمة التفتيش . وبعد ان يدققها المستشار ويوقعها على صورة الضبط ويصححها ايضاً ويوقع عليها بامضائه لتقديم الى الحاكم .

اما في سائر المحاكم فان كان لديها راس كتاب فهو يصحح المسودة ويقدمها للحاكم وان لم يكن فكاتب الضبط يقدم المسودة بالذات الى الحاكم . وفي المحاكم التي يوجد فيها نائب المركز مثل محاكم غلطة فان النائب والمستشار يقومان بوظائفه . وبعد ان تقدم المسودة الى الحاكم ينظرها ويدقق فيها ثم يطر عليها كلمة (ليكتب) وبموجبها يحور الاعلام .

مادة ١٤ بعد ان يكتب الاعلام على الوجه المشروح يحور كاتب الضبط اسمه على ظهره وعلى المأمورين الذين دققوا في المسودة ووقعوا عليها ان يطالعوا الاعلام ايضاً على الترتيب السابق ويوقعوا على ظهره او يئتموه وبعده يقدم الاعلام الى الحاكم .

مادة ١٥ وبعد ان يطالع الحاكم الاعلام يكتب على ظهره (ليكتب في السجل وليقابل) ويرسله الى المقيد فبعد تقييده يشرح المقيد على ظهره بانه قيد في السجل وقابله ويختتم في ذيله ثم يعيده الى الحاكم . ومن ثم يختتم الحاكم الاعلام حسب الاصول .

مادة ١٦ ينبغي اجراء الاصول المبينة اعلاه تماماً في حجج الوكالة التي ستنظم في دار السعادة على ان ترسل الى الملحقات .

مادة ١٧ ياخذ حكام الملحقات تقرير الوكالة ان كانت في داخل القضاء في محكمة بداية ذلك القضاء وان كانت في قضاء مركز اللواء في محكمة البداية وان كانت في كرسي الولاية في محكمة الاستئناف . « ان حكم هذه المادة خاص في المحلات التي احييت فيها رئاسة الحاكم النظامية الى احكام الشرعية كما هو مبين في ذيل المادة التاسعة عشر »

مادة ١٨ بعد ان يؤخذ تقرير الموكل على الوجه المحرر آنفاً نقيده صورة تقريره بعينها في الجريدة وتصدق بختم الموكل او توقيعهم او اشارته المخصوصة ثم ننظم حجة الوكالة توفيقاً لاصولها الموضوعية ونختتم .

مادة ١٩ يصدق الخاتم على الحجة الشرعية المنظمة على النوال المحرر آنفاً ان تقرير الوكالة قد وقع بحضوره ويصدق عليها الاعضاء الحاضرون حين التقرير بمضبطة منهم فان كانت مضبطة التصديق هذه قد اعطيت من قبل محكمة بداية القضاء فتصدق من محكمة بداية اللواء او محكمة استئناف الولاية الملحق ذلك القضاء بها .

« علاوة »

لا تحرر مضبطة التصديق على ورقة منفردة بل تحرر على ظهر حجة الوكالة .
كما ان المضبطة تزيل بخاتم الاعضاء الذاتي فكذلك تختتم بخاتم المحكمة الرسمي .
اما في المحاكم التي لم تحول فيها رئاسة المحاكم النظامية الى حكام الشرعية فيؤخذ تقرير الوكالة من قبل حكام الشرع توفيقاً لاصوله الموضوعية وتنظم بذلك حجة شرعية وبعدها فان الموكل يراجع المحكمة النظامية التي يعود اليها امر تصديق حجة الوكالة بموجب هذه التعليمات السنية مستصحباً معه حجة الوكالة والوكيل ويقرر مضمون الحجة في المحكمة المذكورة وان كانت الوكالة بحضور حاكم الشرع حال غياب الوكيل وتقرر موقوفة على قبوله فعلي الموكل فقط في ذلك الحال مراجعة المحكمة وتقرير مضمون الحجة وبعدها تسطر المحكمة على ظهر حجة الوكالة هذه العبارة : (ان تقرير الوكالة المحرر ضمن هذه الحجة قد تكررت افادته بحضورنا) ويختتم في ذيله بخاتم الاعضاء الذاتي الحاضرين حين التقرير . ويصدق بخاتم المحكمة الرسمي .

يكون تصديق حجاج الوكالة في المحاكم النظامية مجانياً .

مادة ٢٠ ان كان شخص الموكل مجهولاً فيجب التعريف بشخصه كما مر بيانه في المادة الاولى .

مادة ٢١ تدقق حجاج الوكالة المنظمة في الملحقات وتطبق في بيت الفتوى كما في

السابق ويشرح على حجاج الوكالة المعطاة من محاكم دار السعادة على ان ترسل الى الملحقات من من دار الفتوى ايضاً بأن الخاتم مطابق للاصل .

مادة ٢٢ عندما يلزم تنظيم السند الشرعي الحاوي ثبوت مواد كالوصاية والوراثة لكي يرسل الى بلدة اخرى فانحكام الملحقات يستعملون المواد المذكورة في محاكم البداية او الاستئناف ويفصلونها بموجب المادة السابعة عشر . ان الاصول المبين بشأن حجاج الوكالة التي تنظم في الملحقات هو ايضاً جار ومعتبر بشأن امثال هذا السند الشرعي .

ان حكم هذه المادة خاص بالمحلات المحولة فيها رياسة المحاكم النظامية الى حكام الشرعية . مادة ٢٣ تمسك جريدة او جرائد خاصة بالمحكمة لأجل تحرير الخصوصات التي تسمع في محلها (اي خارج المحكمة) يارسال مأمورين امناء الى ذلك المحل . وتحفظ هذه الجرائد كما تحفظ جرائد الضبط وتعطى للمأمور عندما يلزم ذهابه لخصوص ما .

وعلى المأمور الذي يرسل مأذوناً من قبل المحكمة الى محلة او قرية من اجل فصل دعوى وتسجيل وكالة واقرار وقف ووصية ومخالعة وتطبيق وكشف وتقسيم عقار وصلح وبراء واخبار ملك واخبار تصرف وتحليف احد الطرفين وما ماثلها من الخصوصات ان يحلب مختار القرية او المحلة ويجمع بضعة ذوات من اهل تلك القرية او المحلة ويعقد مجلساً ويستمع الخصوصات الواقعة ثم يقيّد ذلك في الجريدة الخاصة ويصدق على ذيلها من اصحاب المصالح الذين كانوا سبباً في انعقاد ذلك المجلس ومن الذوات الحاضرين حين الاستماع وذلك بوضع اختتامهم وتوقيعهم او اشاراتهم لخصوصة ويختتم ايضاً المختار ثم يرفقه بأنهاء منه الى الحاكم مرفوقاً مع الامناء . ويجب ان يعين لهذه الشؤون ذات من كنية المحكمة من الذين اشتهروا بحسن السيرة وعرفوا بالاستقامة .

مادة ٢٤ لدى الحكم بمضمون حجة ما وتنظيم اعلام بموجبها توضع ذلك الحجة في المحكمة وتحفظ كما يحفظ دفتر السجلات وتحفظ ايضاً مضابط التصديق مع حجاجها الواردة من الملحقات كما تحفظ الحجج .

مادة ٢٥ ان انكر الخصم مضمون السندات الشرعية المنظمه توفيقاً لهذا النظام فيمكن لحكام المحاكم الشرعية ان يحكموا بمضمون السندات المذكورة بلاينة بحسب منطوق المادتين ١٧٣٧ و ١٨٢١ من مجلة الاحكام العدلية ولكن اذا احس الحاكم وظهر لدى التحقيق بأنه

يوجد في الاعلام او الحجة او القيد تزوير او شائبة تصنيع فانه لا يحكم بضمون ذلك الاعلام
او الحجة او القيد بلا بينة بل يطلب حينئذ بينة على ذلك .

في ٤ جماد الاول سنة ١٢٩٦

« علاوة »

لا يجوز الحكم بلا بينة بضمون السندات او الاعلامات التي نظمت قبل نشر لائحة التعليمات
السنية هذه بل يلزم ان تطلب بينة على صحة مضمونها .

صحيفة	صحيفة
١٧ حصة احد الشريكين بحكم الوديعة بيد شريكه	٢ تاريخ شركات الاباحة
١٧ كل واحد من الشريكين حر بالنصرف بحصته بسائر العقود	٢٠٢ الشركة واقسامها
١٨ حكم ما اذا بذر احد الشر يكين الحبوب المشتركة بأذن الباقيين وبدون اذنهم	٣ القسمة والحائط والمارة والقناة والمسناة والتججير والأنفاس والنفقة والتقبل والمفاوض والابضاع
٢٠ الديون المشتركة واقسامها والاشترك بمبلغ الضمان والقرض وثن البيع وبدل الأيجار	٥ شركة الملك واقسامها
٢٢ الاشتراك بالمال بسبب اداء الدين بطريق الكفالة	٨ التصرف في الملك المشترك بالسكنى
٢٣ استيفاء الدائنين دينهم المشترك من المديون وحكم الدين المقبوض اذا استهلك وشراء القابض مشاعاً قبض	٩ اجبار الشريك على بيع حصته في الملك المشترك
٢٦ حكم مصالحة احد الدائنين بالدين المشترك وحكم شراء القابض مالا بحصته من الدين وتلف المقبوض واستيجار المال واخذ الرهن والكفالة بمقابلة هبة الشريك حصته من الدين والنقص به ببدل المتلف والتأجيل	٩ حاصلات الأموال المشتركة وكيفية تقسيمها والاولاد
٣٠ الدين غير المشترك والقرض واحكامه	١٠ شركة الملك لانضمام الوكالة وركوب الحيوان المشترك وزراعة الارض المشتركة وايجارها وانتفاع الشريك بحصة شريكه الغائب والحكم في ذلك بالملك الذي يختلف باختلاف المستعملين
٣٤ القسمة واقسامها وحكمها بالمثل والقيمي	١٣ السكنى في الدار المشتركة بحصة الشريك الغائب وحصة الشريك الحاضر وحكم المهايئة في ذلك
٣٧ حكم المكيلات والموزونات والعدديات بالقسمة	١٥ اذا أجر الشريك حصة شريكه الغائب حفظ له حصته من الأجرة
	١٥ زراعة الشريك في حصة شريكه حال غيابه واستعمال البستان المشترك

صحيفة	صحيفة
٣٧	اقسام قسمة الجمع والتفريق
٣٨	يشترط كون المقسوم عيناً وملك الشركاء
٤٢	وحكم قسمة الفضولي
٤٢	تشترط العدالة في القسمة والرضاء بقسمة
٤٣	التراضي والطلب بقسمة القضاء
٤٣	القسمة الجبرية
٤٥	قسمة القضاء في الاعيان المتحدة
٤٦	الجنس بطريق قسمة الجمع وحكمها في
٤٦	المثلي والقيمي المتحد الجنس
٤٦	الحكم في تقسيم المختلف الجنس والاواني
٤٧	والدور
٤٧	قسمة التفريق وحكمها وتقسيم الاعيان
٥٠	المشتركة غير المتحدة الجنس
٥٠	واوراق الكتاب الواحد والطريق
٥٠	والمسيل والحائط
٥٠	كيفية قسمة الكيلي والوزني والعدي
٥١	والزرعي وتقسيم الدور والابنية
٥٣	كيفية القسمة وقسمة التكاليف
٥٣	الخيارات في القسمة
٥٥	تم القسمة بسحب القرعة ولا نقاش
٥٥	القسمة بعد تمامها
٥٥	فسخ القسمة وظهور الغبن الفاحش وتقديم
٥٧	الدين على الارث
٥٧	احكام القسمة ودخول الاشجار
٥٩	الابنية والزرع والفاكهة والطريق
٥٩	بقسمة الاراضي
٥٩	احكام الطريق الكائن في الاراضي
٦٠	المجاورة
٦٠	حكم الحائط الواقع بين مقسمين وحكم
٦١	البناء من احد الشركاء في الارض
٦١	المهايئة وشرطها وحكمها وتعريفها وعدم
٦١	جريانها في المثليات والمهايئة الزمانية
٦١	والمساكنية وجريان القرعة بها والاجبار
٦١	عليها وعدم جريانها في الاعيان وفسخها
٦٧	وانفساخها
٦٧	كل واحد يتصرف في ملكه ان لم يضر
٦٧	بغيره والحكم في البناء التحتاني والفوقاني
٦٨	اذا كان كل واحد منهما محتصاً بشخص
٦٨	من ملك محلاً ملك ما تحته وما فوقه
٦٨	والبروز والرفراف واغصان الشجر
٦٩	التعلي على الحائط من مالكة والضرر
٧٢	الفاحش ومقر النساء والجنائن والاشجار
٧٢	الضرر الفاحش الحاصل بنتيجته قسمة
٧٤	الدار المشتركة والنوافذ الحديثة المطلة
٧٤	على مقر النساء
٧٤	التصرف في الحائط المشترك
٧٥	انشاء الجسر على الطريق العام بين
٧٥	دارين والبروز والطين

صحيفه	سجيفه
٩٢ الموات وتعريفه والمرعى والمختصد والمحتطب	٧٦ حكم الاستملاك وفضلة الطريق واحداث الابواب في الطريق الخاص وكذلك احداث الميازيب
٩٣ امتلاك الموات والاحياء والتشجير	٧٨ يعتبر القدم في المرور والمجرى والمسيل ولا قدم اذا خالف الشرع
٩٥ حريم الآبار ٤ والنهر الكبير والنهر للصغير والقناة والشجر والسواقي	٨٠ الاباحة واسقاط حق المرور وحكم المجرى القديم والميازيب وسياق المالح
٩٨ احكام الصيد وشروطه وحكم صيد الاسماك	٨٢ المباحات ودليلها والمياه الجارية تحت الارض
١٠١ الصيد بالشرك والنحل والعسل	٨٣ الآبار والبحر والبرك والانهار العامة والانهار المملوكة
١٠٢ تعمير الملك المشترك والرجوع على حصه الشريك وحكم الرجوع	٨٤ الطين الذي يأتي مع الماء والكلأ
١٠٤ طلب تعمير الملك المشترك من الحاكم للقسمة والتحتاني والفوقاني	٨٥ الاشجار الثابتة بلا غرس والتطعيم والبذر والصيد
١٠٥ تهدم الحائط المشترك وتعمير العقار المشترك وعلف الحيون المشترك	٨٩ اسباب التملك والعقد بالاحراز
١٠٨ كرى النهر غير المملوك والمملوك المشترك وموئنة الكرى وموئنة تنزبل السياق المالح والطريق الخاص	٨٧ ما يشترط باحراز الماء واحراز الكلأ والاحتطاب
١١١ شركة العقد وركنها واقسامها	٨٨ حكم الاشياء المباحة . رعي الكلأ وجمعه وجمع الاحطاب
١١٣ شرائط قسمة العقد وكونها لتضمن الوكالة	٨٩ الاستئجار لجمع الاحطاب والانتفاع بالنار
١١٤ شركة المناوضة لتضمن الكفالة وتقسيم الربح	٩٠ الشرب والانتفاع بماء الجر والبرك
١١٥ شروط قسمة الاموال العامة	٩٠ الانتفاع بالماء غير المملوك والانتفاع بالماء الجاري في ملك الغير
١١٥ يشترط كون رأس المالك من النقود	

صحيفه	صحيفه
١٣٢ تفويض احد الشريكين الشريك الاخر بالعمل	والمسكوكات النحاسية وغير المسكوك من الذهب
١٣٣ اقرار احد الشريكين بدين	١١٦ الشركة على غير النقود والشركة بالدواب وبالتحميل
١٣٣ شركة الاعمال وتعريفها	١١٨ العمل يتقوم بالنقود وضمان العمل عمل
١٣٤ شركة الاعمال تنضم الوكالة وتقسيم الربح بهذه الشركة	١١٩ الربح يستحق بالمال او بالعمل او بضمان العمل وتقسيم الربح بشركة الاعمال
١٣٦ شركة الحمالين والعمال بنفسها او بدوايهما	١٢٠ حكم مال الشركة بيد الشركاء
١٣٧ لا يشترط بشركة الوجوه التساوي في المال المشتري واستحقاق الربح بالضمان والضمان يكون بالنظر لحصة الشريكين به	١٢١ انقراض الشركة وتقسيم موجوداتها
١٣٨ حصة كل واحد من الشريكين في الربح والضرر والخسار	١٢٢ شركات المفاوضة وجوازها عند الخفية
١٣٩ المضاربة وركنها واقسامها	١٢٢ المفاوضان احدهما كفيل الاخر
١٤١ شرط رب المال وشروط رأس المال وتسليمه الى المضارب والحكم عند فقدان هذه الشروط	١٢٣ التساوي بشركات المفاوضة
١٤٣ المضارب امين وما أذن بالعمل وحكم الاطلاق والتقييد والعقود التي تدخل تحت الاطلاق والتي لا تدخل	١٢٤ المفاوضة بشركات الاعمال والوجوه
١٤٦ مصروف المضارب السفرية وشروط رب المال في المضاربة المقيمة والنهي المضارب الموقنة وعزل المضارب واستحقاق	١٢٤ حكم ما اذا فقد احد شروط المفاوضة
	١٢٥ لا يشترط التساوي المطلق بين الشركاء بشركة الضمان
	١٢٦ تقسيم الربح بشركات الضمان الصحيحة والفاصلة وتقسيم الاضرار
	١٢٨ تصرف الشركاء بمال شركة الضمان
	١٣٠ حقوق العقد تعود للعاقدة والرد بالعيب
	١٣١ الشريك له الايداع والابضاع وليس له القرض ومصاريف السفر

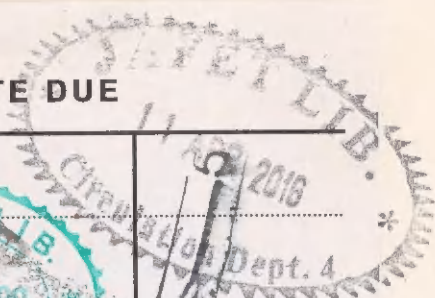
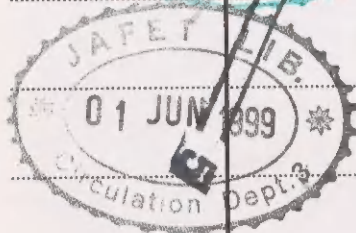
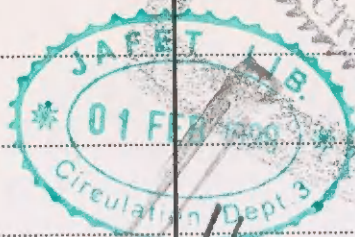
صحيفه	صحيفه
١٧٩ مخالفه الوكيل بالشراء بالجنس وتبدل اسم الموكل به	الربح في المضاربة وتلف بعض مال المضاربة والخسار
١٧٩ الوكالة لشراء الكباش والارز واللبن واللوؤلؤ والياقوت	١٤٩ انفساخ المضاربة ووفاة المضارب مجملًا
١٨٠ لا يلزم بيان وصف الموكل به والوكالة المقيدة وشراء نصف الشيء الموكل بشرائه	١٥٠ المزارعة وركنها واهلية العاقدين واشتراط التعيين او التعميم وحصة المزارع شائعة بها
١٨٣ ليس للوكيل ان يشتري المال لنفسه	١٥٢ يشترط بها كون الاراضي صالحة للزراعة والحكم عند فقد هذه الشروط
١٨٤ تمدد الوكلاء لشراء مال واحد	١٥٣ تقسيم الحاصلات في المزارعة الصحيحة والفسادة
١٨٥ اطلاع الوكيل على العيب والشراء بالتأجيل	١٥٤ المساقاة وركنها وشروطها
١٨٦ دفع الوكيل بالشراء ثمن المال الذي اشتراه من ماله واقالة الوكيل	١٥٨ مقابلة بين المجلة والقوانين المدنية
١٨٧ الوكالة بالبيع والوكيل بالبيع مطلقًا والوكيل بالبيع بالمبلغ المعين	١٦٣ الوكالة والرسالة وركنها وتقسيمها والاذن والاجازة والامر والاطلاق والنقيض في التوكيل و اضافته التوكيل
١٨٨ شراء الوكيل مال الموكل لنفسه ولن لا تقبل شهادتهم له	١٦٩ شروط الوكالة وما يشترط بالوكيل
١٨٩ الوكيل بالبيع يبيع المال نقدًا ونسيئته وبيع نصف المال واخذ الرهن والبيع بدون اخذ الرهن اذا شرط الموكل اخذ الرهن	١٧١ اضافته العقد الى الموكل وعدم اضافته في الوكالة والرسالة
١٩٠ لا يدفع الوكيل الثمن من ماله والوكيل غير المأجور لا يجبر على قبض الثمن	١٧٤ المال الذي قبضه الوكيل امانه في يده
١٩١ المأمور بأداء الدين يرجع على أمره	١٧٥ تلف المال بيد الرسول وتوكيل اكثر من واحد
	١٧٦ الوكيل لا يوكل غيره والوكيل المأجور
	١٧٧ الوكالة بالشراء ولزوم كون الموكل به معلومًا وكيفيه تعيين الموكل به

صفحة	موضوع	صفحة	موضوع
٢١٦	ما يشترط في المصالح من الشروط	١٩٤	والدافع بدون امر والامر بالصرف
	وصلح الصبي والولي وبراء الصغير		والانفاق والمأمور بأشياء العقارات
٢١٨	الوكالة بالخصومة لا تستلزم الصلح		والقرض والصدقات والامر لا يجري
	وحقوق العقد في الصلح بالوكالة		في ملك الغير
٢٢٠	صلح الوكيل وصلح الفضولي وضمنان	١٩٤	الوعد بأداء الدين من مال المأمور
	الفضولي بدل الصلح	١٩٥	حكم ما اذا مات الأمر بالدفع قبل
٢٢٢	احوال المصالح عليه والمصالح عنه		ان يدفع المأمور الدين والامر بدفع
	وشروطها		الدين بشرط اخذ السند والوصل
٢٢٥	الصلح عن الاعيان وعن الاقرار على	١٩٦	الوكالة بالخصومة واقرار الوكيل
	مال معين واستحقاق بدل الصلح		واسئتناء الاقرار والوكالة بالقبض
٢٢٩	الصلح عن اقرار على المنفعة بدعوى		لا تستلزم الخصومة
	المال والصلح عن انكار او سكوت	١٩٨	للموكل عزل الوكيل الا اذا تعلق حق
	بدعوى المدعي معاوضة ودعوى		الغير واقسام العزل وعزل الوكيل نفسه
	الشفعة واستحقاق بدل الصلح		والانعزال
٢٣٢	المصالحة بين الورثة — التخرج —	٢٠١	الوكالة الدورية والوكالة التي تعلق
٢٣٤	الصلح عن الدين على مقدار منه وعلى		بها حق الغير
	التأجيل والامهال وعلى غير الجنس	٢٠٣	احكام الوكالة في القانون الفرنسي
	والمسكوكات		والتركي
٢٣٦	الصلح عن اليمين	٢٠٩	تعريف الصلح ومشروعيته وانعقاده
٢٣٧	لا يرجع عن الصلح متى تم وليس		والمصالح والمصالح عليه والمصالح عنه
	للمدعي عليه استرداد البذل ولا يفسخ	١١٣	اقسام الصلح
	بالوفاة	١١٣	الابراء واقسامه وتعريف كل واحد
٢٣٩	الصلح للخلاص من اليمين وتلف		من هذه الاقسام
	بدل الصلح كلا او بعضاً		

صحيحة	صحيحة
٣٠٢ ما يتعلق بالصلح والابراء من القانون الافرنسي والتركي	٢٤٣ احكام الابراء وشروطه وغدم شموله لما بعده واقسامه
٣٠٧ الدعوى والمدعى عليه والفتناقض	٢٤٨ لا يتوقف الابراء على القبول وابراء الميتم وابراء المريض
٣١٠ شروط المدعى وشروط المدعى عليه وامتناع المدعى عليه عن الحضور وشروط المدعى به	٢٥٢ الاقرار والقيود الاجترارية والاقرار اخبار او انشاء وشروط المقر والمقر له والاقرار والجهالة به
٣١٣ معلومية المدعى به	٢٦١ الاقرار بالمعلوم وبالمجهول وعدم توقف الاقرار على قبول المقر له ورد الاقرار
٣٢١ الاصابة في الحدود والخطأ في الذراع وجمل الاقرار سبباً للملك	٢٦٤ طلب الصلح عن مال اقرار
٣٢٧ دفع الدعوى ودفع دفع الدعوى وحكم المدعى عليه بذلك	٢٦٥ طلب الاستئجار والاستعارة والهبة ولا يداع
٢٣٧ من كان خصماً ومن لم يكن خصماً	٢٦٧ تعليق الاقرار على الشرط الصالح لخلول الاجل في عرف الناس والاقرار بالمشاع والاقرار بالنسب وبالاقرباء وبالزوجية
٣٤١ الخصم بدعوى العين ودعوى الاستحقاق والمسائل الخمسة	٢٧١ المرء مؤخذ باقراره . والرجوع عن الاقرار وتكذيب الاقرار بحكم الحاكم
٣٤٦ الخصم بدعوى غصب الوديعة والمستعار والمأجور هو الغاصب والوديعة لا يكون خصماً للمشتري ولا لدائن المودع	٢٧٧ ادعاء الكذب بالاقرار
٣٤٩ مشتري المشتري لا يكون خصماً للبائع	٢٧٩ نفي الملك والاسم المستعار
٣٥٠ احد الورثة خصم بدعوى الدين التي تقام على التركة . اما الخصم بدعوى العين هو واضع اليد	٢٨٣ اقرار المريض ومرض الموت والمراد من الوارث
٣٥٤ الخصم بدعوى العين الموجودة بيد احد الورثة قبل تقسيم التركة	٢٩٧ الاقرار بالكتابة والتطبيق والاستكتاب

صفحة	صفحة
٤٦٣ الرجوع عن الشهادة	٣٥٧ التناقض وكونه مانعاً لدعوى الملكية
٤٦٧ التواتر	واقسام التناقض وامثلته
٤٧٠ الحجج الخطية	٣٦٦ الحق الواحد لا يستوفى مرتين
٤٧٢ القرينة القاطعة	والاسباب التي ترفع التناقض
٤٧٤ التحليف	٣٧٧ مرور الزمان واقسامه والدعوى التي
٤٨٠ التنازع بالايدي وترجيح البينات	منعت رؤيتها
٤٩٠ القول لمن	٣٩٣ البينة حجة قوية والتواتر وذو اليد
٤٩٥ التحالف	والمالك المطلق والخارج والتحليف
٤٩٨ القضاء والحاكم والمحكوم به والمحكوم	والتحالف وتحكيم الحال
عليه والمحكوم له والنحكيم والوكيل	٣٩٨ الشهادة وتعريفها وركناتها وشرطها
المسخر	واقسام الشهادة على الملك وسبب الشهادة
٥٠٢ اوصاف الحاكم	وحكمها وصفتها وفرض ادائها
٥٠٤ آداب الحاكم	وتعريفها
٥٠٧ وظائف الحاكم	٤٠٧ قبول شهادة النساء
٥١٦ صورة المحاكمة	٤٠٨ اسباب رد الشهادة
٥١٨ الكتاب الحكمي	٤١٣ كيفية اداء الشهادة
٥٢٩ الحكم الغيابي	٤٢٦ شروط الشهادة الاساسية
٥٣١ رؤية الدعوى بعد الحكم وجاهاً واعادة	٤٤٤ اختلاف الشهود
واستئنافاً	٤٤٧ موافقة الشهادة للدعوى
٥٣٣ التحكيم	٤٥٢ الشهادة على الشهادة
٥٣٨ التعليمات السنية	٤٥٥ تزكية الشهود
	٤٦٢ تحليف الشهود

DATE DUE



A. U. B. LIBRARY

349.56:M21sA:v.3:c.1

المحاسنى، محمد سعيد

شرح مجلة الاحكام العدلية

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01021505

349.56
M21sA
v.3

